Der

§ 9 des Depotgesetzes.

(Gesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere vom 5. Juli 1896.)

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Wilhelm Masser
Rechtspraktikant aus Würzburg.

ACAD.
LAND RAT
BIBL

Würzburg
Druck von Drescher & Reichart
1906.

Referent: Herr *Prof. Dr. Oetker.*

Seinen

LIEBEN ELTERN

in Dankbarkeit.

Der Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507204_0156

Inhalt.

Einleitung.

§ 1. Zur Geschichte des Gesetzes.

I. Abschnitt: Der Absatz 1 des § 9.

§ 2. Mögliches Subjekt des Delikts.

§ 3. Mögliches Objekt des Delikts.

§ 4. Der Rechtstitel des Besitzes und die Eigentumsverhältnisse betreffs der Wertpapiere des § 9.

§ 5. Die Handlung des § 9, Abs. 1.

II. Abschnitt: Der Absatz 2 des § 9.

§ 6. Die Handlung des § 9, Abs. 2.

III. Abschnitt: § 7. Die Strafe der Vergehen des Absatzes 1 und des Absatzes 2 des § 9.

Litteratur-Verzeichnis.

Entwurf eines Gesetzes betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere nebst Begründung in den stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session 1895/1897, 1. Anlageband, Berlin 1896.

Bericht der Reichstagskommission in den stenographischen Berichten. 3. Anlageband, Berlin 1896.

Apt, Depotgesetz. Berlin 1896.

Lusensky, Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere. Berlin 1896.

Kunreuther, Börsengesetz und Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere. Berlin 1896.

Riesser, Das Bankdepotgesetz. Berlin 1897.

v. Pechmann, Das Reichsgesetz, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere; in den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 42 n. F. 1897.

Bondi, Die Berufspflichten des Bankiers auf Grund der neuesten Gesetzgebung. Berlin 1897.

Honig, Die strafrechtlichen Bestimmungen des Bankdepotgesetzes vom 5. Juli 1896. Erlangen. Dissert. 1898.

Hering, Die Strafbestimmungen des sog. Depotgesetzes vom 5. Juli 1896 in ihrem Verhältnis zu den Begriffen der Unterschlagung und des Bankerotts. Tübing. Dissert. 1899.

Dürr, Die Unterschlagung von Wertpapieren und die strafbaren Handlungen des (Depot)-Gesetzes vom 5. Juli 1896. Würzburg, Dissert. 1902.

Endemann, A., Das moderne Börsenkommissionsgeschäft im Effektenverkehr. Berlin 1895.

Schweyer, Die Bankdepotgeschäfte in geschäftlicher, wirtschaftlicher und rechtlicher Beziehung. München 1899.

Kapf, Die Unterschlagung. Tübingen. Dissert. 1879.

Engelhardt, Die Untreue. Würzburg. Dissert. 1902.

Stenglein, Die strafrechtlichen Nebengesetze, 1903. S. 246 ff.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 4. Aufl. 1903.

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 14. Aufl.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 6. Aufl.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 14. Aufl. 1905.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 1. Band, 2. Aufl. 1902.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 7. Auflage 1900.
Neumann, Handausgabe des bürgerl. Gesetzbuches f. d. deutsche Reich, 3. Aufl. 1903.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts, 3. Aufl. 1900.

Abkürzungen.

E. 1,125 = Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen, 1. Band S. 125.
R. „ „ = Rechtssprechung des „ „ „ „ „ „ „
E.C. „ = Entscheidung des Reichsgerichts in Civilsachen „ „ „ „

Einleitung.

Ein beträchtlicher Teil des Reichsstrafgesetzbuches ist den Bestimmungen gewidmet, die den Schutz des Privatvermögens gegen rechtswidrige Angriffe bezwecken. Die Gesetze, welche diesen Zweck verfolgen, haben eine lange Geschichte, und Rechtssprechung und Wissenschaft haben sich schon in den frühesten Zeiten mit der weiteren und besseren Ausgestaltung derselben beschäftigt. Dennoch kann die Tätigkeit des Kulturstaates in dieser Beziehung nicht als abgeschlossen gelten; denn gerade in unserem produktiven Zeitalter, das durch Erfindungen und Entdeckungen einerseits, durch die schnelle und starke Entwickelung des Verkehres, der Verkehrsmittel und -formen andererseits immer neue Vermögenswerte hervorbringt, kann die Gesetzgebung kaum rasch genug arbeiten, um ihrer Schutzaufgabe in vollem Masse Rechnung zu tragen. Namentlich in den letzten Dezennien hat es sich wiederholt gezeigt, dass der bisherige Vermögensschutz in mancher Beziehung unzureichend war, da bei der besonderen Beschaffenheit des neuen Produktes oder Vermögensgutes bei einem Angriff auf dasselbe die bestehenden Gesetze nicht anwendbar waren. So musste sich — um nur ein Beispiel anzuführen — das Reichsgericht [1]) vor Erlass des Gesetzes über die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit gegenüber den Angriffen auf elektrische Leitungen machtlos erklären, da kein Gesetz vorhanden war, unter das sich eine derartige Handlung hätte subsumieren lassen.

So erklärt sich auch die an sich auffällige Erscheinung der vielen Einzelgesetze in den letzten Jahren, die entgegen der früheren Gesetzestechnik Civil- und Strafbestimmungen in sich vereinigen, die letzteren gewöhnlich im engen Anschluss an die ersteren, um denselben gehörigen Nachdruck zu geben.

[1]) E. 29, 111 ff. u. 32, 165 ff.

Ein solches Einzelgesetz — „Gelegenheitsgesetz“ — ist auch das sog. Bankdepotgesetz, mit seinem offiziellen Namen: „Gesetz betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere“.

Auch dieses Gesetz enthält Civil- und Strafbestimmungen.

Das Neue des Gesetzes liegt darin, dass die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere durch dasselbe neu geregelt, ergänzt und teilweise sehr verschärft wurden und dass dementsprechend die Erfüllung dieser Pflichten durch neue Strafbestimmungen garantiert wurde. Zu diesen letzteren gehört auch § 9 des Gesetzes. Dieser enthält einen ganz neuen Tatbestand, in welchem die rechtliche Anschauung der Entstehungszeit des Depotgesetzes über Depotsveruntreuungen zum Ausdruck gekommen ist.

§ 9 lautet:

„Wenn ein Kaufmann über Wertpapiere der im § 1 bezeichneten Art, welche ihm zur Verwahrung oder als Pfand übergeben sind oder welche er als Kommissionär für den Kommittenten in Besitz genommen hat, ausser im Falle des § 246 des Strafgesetzbuches zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten rechtswidrig verfügt, wird er mit Gefängnis bis zu einem Jahre und Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit einer dieser Strafen bestraft.

Der gleichen Strafe unterliegt, wer der Vorschrift des § 8 zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten vorsätzlich zuwiderhandelt.

Ist der Täter ein Angehöriger (§ 52 Abs. 2 des Strafgesetzbuches) so tritt die Verfolgung nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig. Der § 247 Abs. 2 u. 3 des Strafgesetzbuches findet entsprechende Anwendung“.

---

§ 1.

Zur Geschichte des Gesetzes.

Wenn oben gesagt wurde, in § 9 sei die damalige rechtliche Anschauung über Depotveruntreuung verkörpert, so ist das dahin zu verstehen, dass § 9 zwar den Forderungen jener Zeit insoweit gerecht wurde, als sie einen intensiveren Schutz des Depotverkehrs verlangten, nicht aber auch denjenigen Forderungen, die in der damaligen aufgeregten Periode bezüglich der Strafart und des Strafmasses gestellt wurden.

Im Jahre 1891 hatten nämlich eine ganze Reihe namhafter Banken und Bankgeschäfte falliert: es stellte sich heraus, dass durch das unredliche Verhalten der Vorstände dieser Unternehmungen viele Leute zu Schaden kamen, welche ihre Wertpapiere den betreffenden Geschäften anvertraut hatten, dass aber gleichwohl in manchen Fällen der Strafrichter erklären musste, dass er mangels zulänglicher Bestimmungen den Angeklagten frei ausgehen zu lassen gezwungen sei. Ganz erklärlich war es daher, dass man damals eine Reform des Bankdepotwesens verlangte, aber die erregte Meinung rief auch nach Zuchthaus für derartige Verbrechen an dem Vermögen anderer.

So stellte denn auch Dr. v. Cuny in der Sitzung des Reichstags vom 20. November 1891 folgenden Initiativantrag[1]):

„Derjenige, welchem in seinem Geschäftsbetrieb Inhaberpapiere anvertraut sind, darf sie nur dann veräussern, wenn der Deponent ihm die Veräusserung speziell und ausdrücklich gestattet. Die Unterschlagung von Depots wird mit Zuchthaus bestraft".

Schon im Jahre 1892 wurde ein Gesetzentwurf im preussischen Ministerium für Handel und Gewerbe ausgearbeitet, der das kaufmännische Depotgeschäft zum Gegenstand besonderer Regelung machte. Dem Reichstag aber wurde dieser Entwurf mit wesentlichen Abänderungen erst gegen Ende des Jahres 1895 zur Beratung und Beschlussfassung in Vorlage gebracht. Man hatte nämlich erst das Ergebnis der Börsenenquête-Kommission, die nach den Ereignissen des Jahres 1891 eingesetzt worden war, abgewartet, da, wie die Motive zum Depotgesetz[2]) sagen, „bei dem inneren Zusammenhange zwischen der allgemeinen Regelung der Börsenverhältnisse und der Ordnung des kaufmännischen Depotwesens es nicht ratsam sei, den einen dieser Gegenstände ohne Rücksicht auf den anderen zum Abschluss zu bringen", obwohl man damals sich schon klar war, „dass die Vorschriften des Depotgesetzes nicht in das Börsengesetz aufzunehmen seien".

Die erste Lesung des Entwurfs fand denn auch gleichzeitig mit der des Börsengesetzentwurfes am 9., 10. und 11. Januar 1896 statt. Nach einer Beratung des Entwurfs durch eine Kommission, fand die zweite und dritte Lesung des Entwurfs am 17. Juni 1896 statt, wobei der Entwurf in der von der Kommission beschlossenen Fassung angenommen wurde. § 9 des Gesetzes

[1]) Begründung a. a. O. S. 35.
[2]) a. a. O. S. 35.

(= § 10 des Entwurfes) wurde unverändert, wie im Entwurfe angenommen.

Am 5. Juli 1896 vollzogen, ist das Gesetz in der am 16. Juli 1896 ausgegebenen Nr. 19 des Reichsgesetzblattes (S. 183) veröffentlicht worden und nach der gesetzlichen Frist von vierzehn Tagen in Kraft getreten, also fast fünf Jahre nach jenen Ereignissen, die den Anlass zu dem Gesetze gegeben hatten.

I. Abschnitt.

Der Absatz 1 des § 9.

§ 2.

Mögliches Subjekt des Delikts.

Die Vorschrift des § 9 Abs. 1 ergibt ein delictum proprium. Sie zieht nur eine bestimmte Personenklasse in ihren Bannkreis: die Kaufleute.

Zweifellos sind für den Begriff des Kaufmannes i. S. des § 9, 1 die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches als massgebend zu erachten.

Kaufmann i. S. dieses Gesetzes ist gem. § 1 Abs. 1 jeder, der ein Handelsgewerbe betreibt, wobei es gleichgiltig ist, ob der Betreibende ein Mann oder eine Frau, eine natürliche oder eine juristische Person ist. Es gehören also alle Personen hierher, welche eines der in § 1 H.G.B. aufgeführten Handelsgeschäfte gewerbsmässig betreiben, ohne Rücksicht auf Eintragung oder Nichteintragung der Firma ins Handelsregister; ferner aber auch diejenigen, welche ein anderes gewerbliches Unternehmen betreiben unter der Voraussetzung, dass dasselbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und dass die Firma ins Handelsregister eingetragen ist.

Voraussetzung für die Kaufmannseigenschaft ist aber immer ein doppeltes:

1. dass die Geschäfte im Namen der betreffenden Person abgeschlossen werden, wobei es gleichgültig ist, ob die Person das Handelsgewerbe selbst betreibt oder betreiben lässt[1]),

[1]) Staub, Anm. 5 zu § 1 H.G.B.

2. dass ein gewerbsmässiger Betrieb vorliegt; d. h. es muss eine dauernde regelmässige Tätigkeit vorliegen, die bestimmt, nicht notwendig aber geeignet ist, eine regelmässige Einkommensquelle zu bilden.

Beim Fehlen einer dieser beiden Voraussetzungen ist die Kaufmannseigenschaft einer Person zu verneinen, was für § 9 von ausschlaggebender Bedeutung ist.

Obwohl das Depotgesetz sofort erkennen lässt, dass seine Bestimmungen vorzüglich auf den Bankier [1]) zugeschnitten sind, so ist dennoch dieser nicht allein von ihnen betroffen, sondern die Vorschriften des Gesetzes sind bewusstermassen auf die „Kaufleute" überhaupt erstreckt. In dieser Richtung führen die Motive [2]) aus: „Der Entwurf beschränkt sich bei der Regelung (sc. des Depotwesens) nicht auf Bankiers, sondern umfasst auch die übrigen Kaufleute, weil einerseits der Begriff „Bankier", obschon dem Handelsgesetzbuch nicht fremd (Art. 272 Z. 2.) [3]) darin nicht abgegrenzt ist, andererseits die hier in Frage stehenden Geschäfte auch ausserhalb des Bankbetriebs im kaufmännischen Verkehr vorkommen können".

Daraus ergibt sich, dass kein Unterschied zu machen ist, ob der Kaufmann Geschäfte, welche zu Depots führen, regelmässig oder gewerbsmässig oder im einzelnen Falle abschliesst.

§ 9 Abs. 1 unterscheidet wieder zwischen Kaufmann als solchem und Kaufmann „als Kommissionär" [4]). Die erste Alternative des § 9 Abs. 1 bestraft jeden Kaufmann, der sich gegen diese Vorschrift verfehlt, dagegen ist nach der zweiten Alternative ein Kaufmann, der die dort bedrohte rechtswidrige Verfügung vernimmt, nicht strafbar, wenn er nicht Kommissionär [5]) ist, d. h. wenn er nicht ein Kaufmann ist, der es gewerbsmässig übernimmt (Waren oder) Wertpapiere für Rechnung eines anderen im eigenen Namen zu kaufen oder verkaufen [6]). Die Anwendung des § 406, Abs. 1, S. 2 des H.G.B. ist ausgeschlossen. An dieser Stelle ist gesagt, dass die Vorschriften des H.G.B. über „Kommissionsgeschäft" auch zur Anwendung kommen, wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft anderer als der im § 383 des H.G.B. bezeichneten Art für Rechnung eines Anderen in eigenem Namen zu schliessen übernimmt. Es ist hier die Rede von einem Kaufmann, der nicht Kommissionär ist.

---

[1]) Daher: „Bankdepotgesetz".
[2]) a. a. O. S. 40.
[3]) Jetzt § 1 Z. 4, H.G.B.
[4]) Vgl. E. 34,379, wo dieser Unterschied ebenfalls festgestellt wird.
[5]) § 383 H.G.B.
[6]) A. A. Pechmann, a. a. O. S. 83.

Das Depotgesetz verlangt aber gerade das Gegenteil: einen Kaufmann, der Kommissionär ist. Deshalb ist für § 9 des Dep.-Ges. aus dem H.G.B. lediglich der Begriff des Kommissionärs herüberzunehmen [1]); dagegen verbietet es sich, mangels besonderer Bestimmungen, ja entgegen dem Wortlaute des Gesetzes, auch die Bestimmung des § 406 für § 9 zu verwerten. Daher ist derjenige Kaufmann, bei dem sich eine Gewerbsmässigkeit nicht feststellen lässt, der aber gelegentlich ein Kommissionsgeschäft besorgt und sich dabei eine rechtswidrige Verfügung zu schulden kommen lässt, nicht nach § 9 Abs. 1, strafbar [2]).

Unter „Kaufmann" selbst will aber das Depôtgesetz nur die Vollkaufleute verstanden wissen; nach § 13 nämlich „findet das Gesetz keine Anwendung auf diejenigen Klassen von Kaufleuten, für welche die Vorschriften über Handelsbücher [3]) keine Geltung haben" [4]). Selbst wenn sie sich zu Vereinigungen zusammenschliessen, sind sie in Ermangelung der Vollkaufmannseigenschaft als Vorstände derselben nicht zu Tätern des § 9 geeignet, wenigstens insoweit es sich um Vereinigungen handelt, die ohne die Vorschrift des § 4 Abs. 2 H.G.B. offene Handelsgesellschaften oder einfache Kommanditgesellschaften sein würden.

Schliessen sich aber solche Gewerbetreibende zu Vereinigungen, wie zu einer Aktiengesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zusammen, so sind sie in ihrer Gesamtheit Vollkaufleute, auch wenn das betriebene Gewerbe ein Minderhandelsgewerbe ist [5]) und die Organe sind gegebenen Falles gemäss § 9,1 strafbar, selbst wenn sie an sich Minderkaufleute sind.

Denn in § 12 hat das Gesetz den Kreis der möglichen Subjekte des § 9 über den Kreis der Vollkaufleute dahin er-

---

[1]) Vgl. auch Art. 272 des a. H.G.B. Ziff. 3, wo für den dort angeführten Begriff des Kommissionärs nur auf Art. 360 verwiesen ist, obwohl in Art. 378 eine dem § 406 Abs. 1 S. 2 ähnliche Bestimmung vorhanden war.

[2]) Daran ändert auch die Bestimmung des § 7, Abs. 2 des Depotgesetzes nichts; denn auch hier heisst es: „Der Kommissionär, welcher . . ." Wenn daher der Kaufmann, der, ohne Kommissionär zu sein, gelegentlich ein Kommissionsgeschäft besorgt, die Papiere nach der Uebertragung des Eigentums an denselben auf seinen Auftraggeber in seinem Gewahrsam behält, so hat er die Pflichten eines Verwahrers erst dann, wenn er einen diesbezüglichen Vertrag abschliesst, was allerdings auch stillschweigend geschehen kann.

[3]) Jetzt § 4 H.G.B.

[4]) Da als Täter des § 9,1 demnach nur ein Vollkaufmann in betracht kommt, so muss falls ein Fall des § 9,1 vor dem Schwurgericht zur Aburteilung kommt, in der den Geschworenen zu stellenden Frage die gesetzliche Verpflichtung des Täters zur Führung von Handelsbüchern zum Ausdruck kommen E. 34,238.

[5]) Staub, Anm. 15 zu § 4.

weitert, dass die Strafvorschrift des § 9 gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, sowie gegen die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft Anwendung findet, wenn sie in Ansehung von Wertpapieren, die sich im Besitze der Gesellschaft oder Genossenschaft befinden oder von dieser einem Dritten ausgeantwortet sind, die mit Strafe bedrohte Handlung begangen haben.

Diese Personen sind deshalb keine Kaufleute, weil die Geschäfte nicht in ihrem Namen abgeschlossen werden [1]).

Mit Recht aber hat § 12 der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, sowie der persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft in ihren beiden Formen [2]) keine Erwähnung getan. Denn diese Personen erfüllen die Voraussetzungen des Kaufmannsbegriffes i. S. des § 9,1 des Dep.-Ges. und fallen daher an sich schon unter diese Vorschrift [3]).

Auch auf die Reichsbank und die öffentlichen Banken der einzelnen Bundesstaaten bezw. auf deren Organe ist § 9 Abs. 1 anwendbar [4]).

Während das Gesetz den Täter des § 9 Abs. 1 in der vorstehend dargelegten Weise bestimmt, ist der Begriff der Täterschaft nach allgemeinen Gesichtspunkten zu beurteilen.

Bei einer Einzelunternehmung ist gewöhnlich der Geschäftsherr der Täter, auch wenn er die Verfügungshandlung nicht selbst vorgenommen hat. Es genügt hiezu nicht nur, dass die Verfügung auf seine Anordnung hin oder mit seinem Einverständnisse erfolgte, sondern schon durch das „Geschehenlassen", durch das „Nichtverhindern" der Verfügung wird er straffällig; dies hat das Reichsgericht für § 9 Abs. 1 ausdrücklich ausgesprochen [5]).

Für die Mittäterschaft wird das von Bedeutung. Besonders bei offenen Handelsgesellschaften und anderen Gesellschaften, wo mehrere zur Vertretung berechtigt sind, kommt es häufig vor, dass nur e i n Berechtigter die Verfügung vornimmt, während die übrigen ihr Einverständnis erklären bezw. ohne Widerspruch die Verfügung geschehen lassen. In einem solchen Falle sind alle in gleicher Weise als Mittäter zu bestrafen, da

---

[1]) Dieser Umstand wird hauptsächlich berücksichtigt sein, wenn in der Begründung S. 48 gesagt ist, die Bestimmung des § 12 sei notwendig, da nicht der gesamte Tatbestand sich in ihrer Person erfülle.

[2]) Für die Kommanditgesellschaft auf Aktien E. 34,379.

[3]) P e c h m a n n a. a. O. S. 23. Vgl. S t a u b Anm. 8 zu § 1.

[4]) § 1, Z. 4 H.G.B.

[5]) E. 37,224 (227).

sich die Erfordernisse der Mittäterschaft — Bewusstsein der Mitwirkung und Kenntnis der Tatbestandsmerkmale, — in ihnen erfüllen.

Mit Rücksicht auf § 232 H.G.B., das erst nach dem Depotgesetz pupliziert wurde, ist es geboten einer weiteren Frage näher zu treten. In § 232, Abs. 2 hat sich der Gesetzgeber gegenüber früher bestehendem Meinungsstreit[1]) dahin entschieden, dass ein Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung derselben berechtigt sein könne, indem der Gesetzgeber den dem Art. 229 des a. H.G.B. fremden Absatz 2 hinzufügte. Es fragt sich nun, ob, wenn diese beiden gemeinschaftlich rechtswidrig i. S. des § 9,1 verfügen, beide als Mittäter zu bestrafen sind, oder ob nur das Vorstandsmitglied als Täter zu betrachten ist, während der Prokurist sich der Beihilfe schuldig macht. M. E. ist letzeres das Richtige. Die §§ 9, 13 nennen als Täter den Vollkaufmann. § 12 erweitert den Täterkreis dadurch, dass er auch die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft etc. etc. als mögliche Subjekte des Vergehens gemäss § 9 nennt, in der früher[2]) zutreffenden Veraussetzung, dass diese und nur diese zur Vertretung der Aktiengesellschaft berechtigt seien. Dagegen nennt weder § 9 noch § 12 den Prokuristen eines solchen Unternehmens. Da aber nach heutigem Rechte zwar die Vorstandsmitglieder zur Vertretung berechtigt, nicht aber die zur Vertretung Berechtigten notwendig immer nur Vorstandsmitglieder sind, so kann weder nach § 9 noch gemäss § 12 ein Prokurist einer Aktiengesellschaft, der als (in der oben bezeichneten Weise) Vertretungsberechtigter derselben, rechtswidrig verfügt, als Täter bezw. Mittäter in Betracht kommen, nachdem in den seltensten Fällen[3]) der Prokurist ein Geschäft im eigenen Namen betreibt oder betreiben lässt. Die Handlung des Prokuristen im gegebenen Fall qualifiziert sich als Beihilfe.

Damit sind wir bereits an der Frage angelangt, inwieweit das Personal eines Kaufmannes mit der Vorschrift des § 9 Abs. 1 in Konflikt geraten kann.

Stenglein[4]) macht dies abhängig von dem Grade der Beteiligung des Personals bei der rechtswidrigen Verfügung und kommt zu dem Resultate, dass ein Handlungsgehilfe nicht

---

[1]) Vgl. E.C. 40,17. Staub Anm. 17 zu § 232.

[2]) Vor dem jetzigen H.G.B.

[3]) . . „in den seltensten Fällen" deshalb, weil in der Regel die Prokuristen zugleich Handlungsgehilfen sind, diese aber dem Konkurrenzverbot des § 60 H.G.B. unterliegen. Vgl. Staub § 60, Anm. 1.

[4]) Stenglein, S. 255 f.

nur Mittäter, sondern unter Umständen sogar Alleintäter sein kann, indem er davon ausgeht, dass der Handlungsgehilfe als Mittäter anzusehen sei, wenn er im Einverständnis mit dem Prinzipal mit dem Willen handle, die strafbare Handlung herbeizuführen, dass er dagegen Alleintäter sei, wenn er ohne Wissen und Willen des Prinzipals tätig werde, da in beiden Fällen nicht erforderlich sei, dass die Tat zum eignen Nutzen aller Mittäter bezw. des Einzeltäters begangen werde.

Obwohl der Handlungsgehilfe auch in diesen Fällen zu seinem eigenen Nutzen handeln könnte — er brauchte ja nur stiller Teilhaber des betreffenden Geschäftes zu sein [1]) — ist Mittäterschaft und Alleintäterschaft ausgeschlossen [2]), vor allem schon deshalb, weil, wie bereits ausgeführt, der Handlungsgehilfe in den meisten Fällen kein Kaufmann i. S. des Gesetzes ist; aber selbst wenn der Handlungsgehilfe einmal Kaufmann ist, so wird man nicht behaupten können, dass i h m die Papiere „zur Verwahrung oder als Pfand übergeben sind“ oder dass e r dieselben „als Kommissionär für den Kommittenten in Besitz genommen hat“. Es fehlt an der Voraussetzung, dass der Handlungsgehilfe den Besitz an den Papieren hat, wie ihn § 9 Abs. 1 voraussetzt [3]); denn auch der Prinzipal wollte ihm den Besitz an den Papieren nicht überlassen [4]).

Daraus ergibt sich, dass in dem Falle, wo Prinzipal und Handlungsgehilfe rechtswidrig verfügen, letzterer nur als Gehilfe [1]) zur Verantwortung gezogen werden kann [5]). Handelt er aber allein, ohne Wissen und Willen des Prinzipals, so ist er straflos, da seine Handlungsweise weder unter den Tatbestand der Unterschlagung, noch unter den des § 9 Abs. 1, noch auch den der Untreue zu subsumieren ist. Die missliche Folge davon ist, dass auch der Prinzipal, der von der Verfügung nichts gewusst hat, straflos ist, wenn er hinterher den Nutzen — mag dieser auch in barem Gelde bestehen — aus der Tat seines Handlungsgehilfen zieht; denn von Beihilfe kann nicht die Rede sein, nachdem die Handlung bereits vollendet ist, ebensowenig von Hehlerei, da das Geld nicht „durch eine strafbare Handlung erlangt ist“.

---

[1]) Staub, Anm. 3 zu § 48.
[2]) Ebenso bezügl. der Mittäterschaft, Honig, S. 21.
[3]) Siehe unten S. 33.
[4]) Kapf, S. 65.
[5]) Handlungsgehilfen, die nur formelle Handlungen vornehmen, z. B. bei einer Verpfändung der fremden Papiere das Begleitschreiben im Auftrag des Prinzipals anfertigen, sind nicht strafbar, da eine solche mechanische Tätigkeit eine Anteilnahme an der rechtswidrigen Verfügung nicht in sich schliesst.

§ 3.

Mögliches Objekt des § 9 Abs. I.

Wie das Depotgesetz einerseits sich nur auf eine bestimmte Personenklasse erstreckt, so hat der Gesetzgeber andrerseits auch aus dem Kreise aller schutzbedürftigen Objekte entsprechend seiner Aufgabe nur eine bestimmte Sorte ausgeschieden: die Wertpapiere.

Unter Wertpapieren sind zu verstehen, Urkunden, in welchen ein Privatrecht und zwar ein wirtschaftlich wertiges Privatrecht verbrieft ist, so zwar, dass die Inhabung der Urkunde privatrechtliche Voraussetzung für die Verwertung (Ausübung oder Uebertragung) des verbrieften Rechtes bildet[1]). Das an sich wertlose Stück Papier wird durch die Verbindung mit dem in der Urkunde verbrieften Recht wertvoll, das Recht aber wird durch die enge Verbindung zwischen Papier und Recht, welche die Folge hat, dass das Recht gleich einem untrennbaren Bestandteil des Papiers behandelt wird, Gefahren ausgesetzt, die des Recht allein nicht zu leiden hätte.

Diese Gefahren werden natürlich grösser, wenn das Papier vertretbar ist d. h., wenn es im Verkehr nicht als durch besondere Merkmale gekennzeichnet, sondern als Stück einer Gattung behandelt wird, deren sämtliche Stücke sich von einander in keiner Weise unterscheiden und deshalb auch eines für das andere, also gleichsam in Vertretung angenommen zu werden pflegen. Bei Wertpapieren derselben Gattung möchte vielleicht mit Rücksicht auf die fortlaufende Nummerierung derselben, ihre Vertretbarkeit zu bezweifeln sein. Nach der allgemeinen Verkehrsauffassung jedoch gelten sie als vertretbar und die Verkehrsauffassung ist es ja, worauf § 91 B.G.B. das Hauptgewicht legt[2]).

Das Gesetz befasst nicht sämtliche Wertpapiere; es werden in § 1 (§ 9) genannt:

1. Aktien
2. Interimsscheine
3. Kuxe
4. Erneuerungsscheine (Talons)
5. Schuldverschreibungen und zwar sowohl die auf den Inhaber lautenden als die durch Indossament übertragbaren
6. Vertretbare andere Wertpapiere mit Ausnahme von Banknoten und Papiergeld[3]).

---

[1]) Brunner bei Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts II, 144 ff.

[2]) Vgl. A. Endemann, S. 45 f. Dürr, S. 40.

[3]) Die Erwähnung des Papiergeldes war im Grunde überflüssig, da es begrifflich nicht Wertpapier ist.

Wenn dies auch in der Hauptsache vertretbare Wertpapiere sind, so sind sie es doch nicht durchweg; denn Aktie muss nicht notwendig vertretbar sein, da es oft vorkommt [1]), dass die Aktie auf den Namen des Berechtigten gestellt ist; eine Namenaktie ist aber kein vertretbares Wertpapier. Riesser [2]) sagt dennoch „Objekte des § 1 sind vertretbare Wertpapiere", bemerkt aber gleichwohl, unter Aktie sei auch die Namenaktie zu verstehen. Auch der Wortlaut des Gesetzes steht Riessers Ansicht entgegen; es heisst hier ausdrücklich: . . . . „oder vertretbare andere" nicht aber „andere vertretbare Wertpapiere". Da nach dieser Wortstellung vertretbar nur zu dem folgenden Wort „Wertpapieren" gehört und in Gegensatz zu den vorhergenannten Papieren gestellt ist, so ist deutlich zum Ausdruck gebracht, dass diese vertretbar sein können, nicht aber vertretbar sein müssen.

Wir wollen die im § 1 genannten Papiere im einzelnen näher betrachten und weil dies für die Anwendung des § 9 Abs. 1 wesentlich ist, von den nicht unter das Gesetz fallenden Papieren abgrenzen.

Das Gesetz umfasst die Aktien, sowohl die Inhaber- als auch die Namenaktie, ferner Kuxe, d. s. gewerkschaftliche Anteile, welche ebenso wie Interimsscheine ihrem Wesen nach Namenspapiere sind. Zu den Schuldverschreibungen auf den Inhaber gehören die Gewinnanteilscheine und die Zinsscheine (Coupons). Dass das Gesetz die Talons besonders aufführt ist begründet, da der Talon ein Legitimationspapier, kein Inhaberpapier ist [3]). Zu den indossablen Schuldverschreibungen gehören die sogenannten kaufmännischen Anweisungen, welche von Kaufleuten, über eine Quantität vertretbarer Sachen oder Wertpapiere ausgestellt sind, ohne dass darin die Verpflichtung zur Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, und die durch Indossament übertragen werden können, wenn sie an Ordre lauten [4]).

„Vertretbare andere Wertpapiere" sind die auf den Inhaber lautenden Genussscheine, wenn sie vertretbar sind und keine Schuldverschreibungen darstellen [5]).

Es fallen also nicht unter das Gesetz

1. Die Banknoten, die der Gesetzgeber ausdrücklich ausnimmt, jedenfalls weil sie kein geschäftsübliches Hinterlegungs-

---

[1]) Besonders bei Successivgründungen.

[2]) Riesser, S. 12. Ebenso Hering, S. 9: „Was nicht als vertretbares Wertpapier erscheint, fällt nicht unter § 9".

[3]) E.C. 4, 141, 31, 47.

[4]) Vgl. § 363 H.G.B.

[5]) Pechmann a. a. O. S. 5.

objekt sind; aber auch wenn sie hinterlegt sind, bleibt eine Verfügung über sie i. S. d. § 9 Abs. 1 straflos.

2. Das Papiergeld, das eigentliche, wie das uneigentliche; auch diese erwähnt das Gesetz ausdrücklich, im Grunde überflüssiger Weise als Ausnahme [1]).

3. Die Anteilscheine der Reichsbank, da sie, obwohl in vielen Punkten Aehnlichkeit mit der Aktie besteht, doch keine Aktien sind.

4. Die auf den Namen lautenden Staatsschuldverschreibungen, Pfandbriefe und drgl., welche nicht durch Indossament übertragbar sind [2]).

5. Wechsel, auch nicht die mit Blankoindossament versehenen, obwohl letztere sich sehr dem Inhaberpapier nähern.

6. Die ganze Klasse der Konnossemente, Ladescheine, Lagerscheine, Lagerpfandscheine etc. [3]).

§ 4.

Der Rechtstitel des Besitzes und die Eigentumsverhältnisse betreffs der Wertpapiere des § 9.

Die eben näher bezeichneten Wertpapiere müssen gemäss § 9 bei dem Bankier (Kaufmann) hinterlegt sein. Man unterscheidet in der Regel zweierlei Hinterlegungsarten von Wertpapieren bei einem Bankier: die Hinterlegung in verschlossenen und offenen Depots. Erstere sind diejenigen, bei denen der Kunde dem Bankier die Wertpapiere in verschlossenen Behältnissen zur Aufbewahrung übergibt, ohne dass dieser den Effektenbestand des Depots zu kennen braucht, letztere dagegen sind solche, bei denen der Kunde eine bestimmte Anzahl Wertpapiere dem Bankier offen und unverschlossen übergibt.

Für § 9 Abs. 1 kommen nur die offenen Depots in Betracht, was zu allem Ueberfluss noch in § 1 bemerkt ist. Eine rechtswidrige Verfügung i. S. des § 9 Abs. 1 an verschlossenen Depots wäre auch kaum denkbar.

Zur Erfüllung des Tatbestandes des § 9 genügt es, wie sich bereits aus dem eben Gesagten ergibt, nicht, dass der Kaufmann die Wertpapiere auf irgend eine Art in Besitz bekommen hat, sondern das Gesetz verlangt hiefür einen bestimmten

---

[1]) Erst von der Kommission hinzugefügt.

[2]) Dagegen sind die zu den unter Nr. 3 und 4 aufgeführten Papieren gehörigen Koupons und Dividendenscheine auf den Inhaber lautende Schuldverschreibungen, sodass bei einer Verf. über das Papier samt diesen Scheinen nur für letztere § 9 in Betracht kommt.

[3]) Siehe Begründung a. a. O. S. 47.

Rechtstitel: der Kaufmann muss den Besitz als Verwahrer, Pfandgläubiger oder Kommissionär erlangt haben.

Demnach hat man als Titel der Besitzerlangung hier nur zu unterscheiden

1. Den gewöhnlichen Verwahrungsvertrag
2. Den Pfandvertrag
3. Die Kommission.

Ausgeschlossen ist also das Sparkassegeschäft und das Girogeschäft; beide deshalb, weil es sich dabei meist um Banknoten und Papiergeld handelt [1]).

Ferner fallen auch nicht unter das Gesetz Wertpapiere, die auf Grund eines Darlehensvertrages in die Hände des Bankiers gekommen sind [2]).

ad 1. Der Verwahrungsvertrag ist ein Rechtsgeschäft, durch das der eine Kontrahent (Verwahrer) verpflichtet wird, eine bewegliche Sache des anderen (Hinterleger) aufzubewahren. In unserem Falle sind an Stelle der beweglichen Sache die Wertpapiere des § 1 Dep.-Ges. zu setzen. Wenn auch dieser Vertrag an sich eine Verwaltung der hinterlegten Papiere nicht einschliesst, so wird gerade im Falle der Hinterlegung in einem offenen Depot die Verwaltung der Wertpapiere der Hauptzweck sein und meist zugleich damit verbunden werden, da dem Zwecke des Schutzes gegen Diebes- und Feuersgefahr auch durch ein geschlossenes Depot genügt sein würde.

Das Eigentum an den hinterlegten Wertpapieren hat der Deponent bezw. derjenige, dem die Papiere schon vor dem Verwahrungsvertrage zu eigen waren, m. a. W. durch den Verwahrungsvertrag wird an dem Eigentumsverhältnis nichts geändert. Nach Beendigung der Aufbewahrung hat der Depositar die Wertpapiere in specie zurückzuliefern. Verfügungen über die Wertpapiere sind dem Verwahrer verboten. Nur wenn ein Verwaltungsdepot [3]) vorliegt, sind solche Verfügungen erlaubt, ja sogar geboten, die eine ordentliche Verwaltung mit sich bringt [4]). Dies sind die Grundzüge des depositum regulare. Aber auch das depositum irregulare ist dem heutigen Rechte nicht fremd und zwar kann gemäss § 700 B.G.B. über vertretbare Sachen ein Verwahrungsvertrag dahin abgeschlossen werden, dass tantundem eiusdem generis zurückgegeben werden muss. Nur für Wertpapiere ist schon im B.G.B. (§ 700 Abs. 2)

---

[1]) Soweit aber Papiere des § 1 die Grundlage des Giros bilden, gilt dies als depositum zur Pfandbestellung.

[2]) Schweyer S. 118, Kunreuther S. 124, Lusensky S. 56.

[3]) Durch § 1 Abs. 2 des Dep.-G. ist das Verwaltungsdepot ausdrücklich aufrecht erhalten.

[4]) Z. B. Ausübung von Bezugsrechten, Umtausch verloster Papiere.

dies dahin modifiziert, dass, während sonst stillschweigende Vereinbarung genügt, hier Ausdrücklichkeit für die Vereinbarung eines depositum irregulare verlangt wird. Das Depotgesetz ist noch einen Schritt weiter gegangen: es verlangt neben der Ausdrücklichkeit auch Schriftlichkeit der Vereinbarung, ausser wenn der Hinterleger selbst Bankier ist; d. h. es muss in jedem einzelnen Fall eine diesbezügliche schriftliche Ermächtigungserklärung dem verwahrenden Kaufmann gegenüber abgegeben werden. Liegt eine solche nicht vor, so ist das Depot ein reguläres.

Eigentum an den im irregulären Depot hinterlegten Papieren bleibt nach wie vor dem bisherigen Eigentümer. Denn das Gesetz hat durch § 2 nicht einen Eigentumsübertragungsakt normieren, sondern nur klar stellen wollen, unter welchen Voraussetzungen es dem Bankier erlaubt sei, über hinterlegte Wertpapiere zu seinem Nutzen zu verfügen [1]).

Es ergibt sich also aus dem Dep.-Ges. im Zusammenhalt mit dem B.G.B., dass zur Entstehung eines depositum irregulare über Wertpapiere unter den Voraussetzungen des Depotgesetzes, Ausdrücklichkeit und Schriftlichkeit, stets aber mindestens Ausdrücklichkeit der Ermächtigungserklärung verlangt werden muss, selbst dann, wenn der Hinterlegende Bankier ist.

Neben dem depositum irregulare kommt auch oft das sog. Sammeldepot vor. Dem Bankier ist in einem solchen Falle durch besondere Vereinbarung, die dem § 2 Abs. 1 entsprechen muss, erlaubt, die Wertpapiere der einzelnen Hinterleger [2]) miteinander zu vermengen. Von diesen hat dann jeder nur einen Rückforderungsanspruch auf eine entsprechende Menge gleichartiger Papiere aus dieser Masse. An derselben haben die Hinterleger Miteigentum, entstanden durch Vermengung, weshalb auch in diesem Falle der Verwahrer ein Vergehen gemäss § 9 Abs. 1 begehen kann.

ad 2. Der Pfandvertrag oder das Depot zur Deckung. Beim einfachsten hier in Frage kommenden Fall [3]) liegt die Sache so, dass dem Kaufmann zur Sicherung von Forderungen — sei es schon entstandener, sei es künftiger — die Wertpapiere übergeben werden: namentlich letzteres kommt in der Praxis

---

[1]) Durch die Ermächtigung allein geht das Eigentum nicht über; es ist ein Aneignungsakt nötig, der jedenfalls in der endgültigen Verfügung über die Wertpapiere oder auch in der unterschiedslosen mit der Absicht des Eigentumserwerbs verknüpften Vermengung mit anderen Wertpapieren zu finden sein wird (E.C. 52, 205)

[2]) Ev. auch mit seinen eigenen.

[3]) Die übrigen hier in Betracht kommenden Fälle siehe bei Endemann S. 42 ff.

häufig vor, da die Bankiers ohne solche Unterlage selten Kredit gewähren.

Obwohl nun das Depositum zur Deckung in erster Linie ein Pfandvertrag ist und erst in zweiter Linie einen Verwahrungsvertrag in sich schliesst, so hat doch der Gesetzgeber im Depotgesetz ohne Rücksicht auf den juristischen Charakter eines solchen Depots deshalb, weil entsprechend dem Prinzip der Publizität des Faustpfandes immer mit der Verpfändung eine Aufbewahrung in fremden Interesse verbunden ist, für die als Pfand in Depot gegebenen Wertpapiere dieselben Vorschriften aufgestellt, wie für die nur zur Verwahrung übergebenen Stücke. Daher hat der Kaufmann auch hier die Papiere sorgfältig zu verwahren und nach Befriedigung seiner Forderungen dieselben zurückzugeben.

Das Eigentum an den verpfändeten Wertpapieren verändert sich durch den Pfandvertrag nicht; ja gemäss § 1229 B.G.B. ist sogar ein vor Eintritt der Verkaufsberechtigung eingegangener Verfallvertrag nichtig.

Aber auch hier ist die Vereinbarung eines pignus irregulare möglich, ja es kommen Fälle der Verpfändung vor[1]), wo dem Pfandgläubiger noch viel weitergehende Verfügungsbefugnisse eingeräumt sind. Auch für das pignus irregulare gelten dieselben Regeln wie für das depositum irregulare.

Bei beiden Depositgeschäften, dem Verwahrungs- und dem Pfandvertrag, ist daran festzuhalten, dass es für die rechtliche Beurteilung des Verhältnisses gleichgiltig ist, ob die Wertpapiere von dem Eigentümer selbst oder für denselben von einem Dritten dem Verwahrer bezw. Pfandgläubiger übergeben worden sind[2]).

ad 3. Das Kommissionsgeschäft ist dasjenige Rechtsgeschäft, welchem das Depotgesetz die grösste Aufmerksamkeit zuwendet, da früher viele Unklarheiten, insbesondere wegen der Eigentumsverhältnisse vorkamen.

Durch den Kommissionsvertrag verpflichtet sich der Kommissionär im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung (Waren oder) Wertpapiere zu kaufen oder zu verkaufen.

Das H.G.B. § 383 kennt nur diese beiden Möglichkeiten. Das Depotgesetz unterscheidet drei Arten:

a) Die Einkaufskommission (§§ 3, 4, 6, 7, 8 Abs. 1 S. 2),

b) Die Verkaufskommission (§ 8 Abs. 1 S. 1),

c) Die Umtausch- und Bezugskommission (§§ 5, 6, 7, 8 Abs. 1 S. 1).

---

[1]) Endemann a. a. O.

[2]) E. 34, 379.

Selbstverständlich kommen hier nur die Wertpapiere des § 1 in Frage.

ad a) Der Kommissionär, welcher eine Einkaufskommission ausführt, hat seinem Auftraggeber, dem Kommittenten binnen einer Frist von drei Tagen [1]) ein Stückverzeichnis [2]) zu übersenden. Diese Pflicht obliegt ihm, ob er von seinem Selbsteintrittsrecht Gebrauch macht oder nicht, sie obliegt ihm auch, wenn er den ihm erteilten Auftrag an einer ausländischen Börse ausführt und zwar in gleicher Weise, ob er die Papiere bezieht oder im Depot des ausländischen Bankhauses belässt [3]).

Zweck dieser Vorschrift ist ein doppelter:

In erster Linie will damit erreicht werden, dass, wenn der Kommissionär die Papiere im Depot behält, der Kommittent möglichst rasch Eigentum an den Papieren erlangen soll. Denn der Kommissionär erwirbt an den von ihm im eignen Namen aber für fremde Rechnung eingekauften Papieren zunächst Eigentum und ist auf grund der Kommission nur obligatorisch verpflichtet, dem Kommittenten das Eigentum zu übertragen.

In zweiter Linie soll dem Kommittenten dadurch die Möglichkeit gegeben werden, Beweise für sein Eigentum in Händen zu haben, um es im Falle des Konkurses des Kommissionärs oder in anderen Fällen in denen Gläubiger des Kommissionärs die Papiere in Anspruch nehmen oder der Kommissionär sie veräussert, wirksam geltend machen zu können.

Dieser doppelte Zweck wird dadurch erreicht, dass das Gesetz in § 7 an die Absendung des Stückeverzeichnisses an den Kommittenten die Rechtsfolge des Eigentumsübergangs der in demselben verzeichneten Papiere auf den Kommittenten knüpft [4]), mit der Bestimmung, dass die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, nach welchen der Eigentumsübergang schon in einem früheren Zeitpunkt eintritt, unberührt bleiben.

Da vorausgesetzt wird, dass die Papiere im Depot des Kommissionärs bleiben sollen, so scheiden für die Frage des früheren Eigentumsüberganges sämtliche Eigentumsübertragungsakte, die das bürgerliche Recht kennt, aus, mit Ausnahme des constitutum possessorium, das im § 930 B.G.B. geregelt ist. Danach ist zur Eigentumsübertragung durch Besitzkonstitut nötig die Einigung über die Eigentumsübertragung [5]) und „die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses,

---

[1]) Beginn der Frist siehe § 3, Abs. 1 D.G.

[2]) Inhalt desselben: Gattung, Nennwert, Nummern und sonstige Unterscheidungsmerkmale der gekauften Papiere.

[3]) Lusensky S. 58.

[4]) Ohne dass es einer weiteren Rechtshandlung des Kommissionärs bedürfte.

[5]) Die auch stillschweigend geschehen kann.

vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt". Diese Vereinbarung tritt an die Stelle der Uebergabe. Ein solches Rechtsverhältnis ist auch der hier in Betracht kommende Verwahrungsvertrag.

Das Depotgesetz geht also davon aus, dass es dem Kommittenten das Eigentum an den für ihn angeschafften, durch den Verwahrungsvertrag im Besitze des Kommissionärs verbleibenden Papieren spätestens durch Absendung des Stückeverzeichnisses verschaffen will, wenn das nicht bereits durch Besitzkonstitut geschehen ist.

Dass der Kommissionär die Papiere im (unmittelbaren) Besitze haben muss, ist im § 7 mit § 3 nicht gesagt [1]; es ist daher anzunehmen, dass durch die Absendung des Stückeverzeichnisses auch dann Eigentum übergeht, wenn der Kommissionär die Papiere für den Kommittenten zwar gekauft hat und selbst Eigentümer durch Absendung des Stückeverzeichnisses seitens des Verkäufers an ihn geworden ist, die Papiere jedoch nicht bezogen, sondern, sei es mit, sei es ohne Gestattung des Kommittenten in Verwahrung des Dritten belassen hat. Denn in diesem Falle ist er über die Papiere verfügungsberechtigt und dies ist die einzige Bedingung, von welcher § 7 den Eigentumsübergang durch Absendung eines Stückeverzeichnisses abhängig macht [2]).

Ueber die Bedeutung dieser Folgerung in strafrechtlicher Hinsicht, soll, um Wiederholungen zu vermeiden, unten die Rede sein.

Trotz Absendung des Stückeverzeichnisses geht das Eigentum an den darin verzeichneten Wertpapieren auf den Kommittenten nicht über, wenn der Kommissionär nicht über sie zu verfügen berechtigt ist.

Auf die Uebersendung des Stückeverzeichnisses kann auch verzichtet werden; dieser Verzicht unterliegt denselben Formvorschriften wie die Ermächtigungserklärung des § 2.

Die rechtliche Bedeutung des Verzichtes ist bestritten. Die eine Ansicht [3]) geht dahin, dass im Falle des Verzichts der Kommissionär Eigentümer der gekauften Papiere schlechthin bleibe, wenn und insolange er nicht etwa in anderer Weise als durch Aufgabe der Nummern einen Besitzübertragungsakt

---

[1]) Ebenso Lusensky S. 59.

[2]) Endemann bestreitet dies mit Unrecht, indem er ausführt: Der Bankier ist verpflichtet, binnen bestimmter kurzer Frist das Eigentum an den Wertpapieren zu übertragen, wozu unzweifelhaft die Uebersendung des Stückeverzeichnisses genügt. Um letztere vornehmen zu können, muss aber der Bankier sich in den Besitz der erforderlichen Stücke setzen; es ist juristisch unmöglich, an eine beliebige Willenskundgebung des Bankiers den Eigentumsübergang zu knüpfen.

[3]) Riesser, S. 38 und Stenglein, Anm. 7 zu § 3.

zu Gunsten des Kommittenten vornehmen will und vornimmt; es sei daher überhaupt nicht ein Zustandekommen eines Depots gegeben. Die andere Meinung [1]) gibt zwar zu, dass der Kommissionär zunächst Eigentümer bleibt, stellt es jedoch nicht in das freie Belieben des Kommissionärs, ob er den Uebertragungsakt vornehmen will oder nicht; er kann vielmehr dazu gezwungen werden.

Die erstere Ansicht ist m. E. die richtige. Wenn auch zuzugeben ist, dass das Depotgesetz vor allem die Interessen des Kommittenten im Auge hat und den Kommissionär einschränken will [2]), so wäre es doch sonderbar, wenn man auf der einen Seite auf Uebersendung des Stückeverzeichnisses verzichten könnte, um auf der anderen Seite den Verzicht durch Klage heilen zu können. Mit dem Verzichte gibt man eben den Anspruch auf Uebertragung des Eigentums an den Wertpapieren vollständig auf gegen einen obligatorischen Herausgabeanspruch auf Stücke gleicher Art. Der Verzicht würde die praktische Rolle, die er tatsächlich bei den Kommissionsgeschäften spielt, verlieren, wenn er nur einen Verzicht auf „Uebertragung des Eigentums durch Absendung des Stückeverzeichnisses" bedeutete, dagegen den Anspruch auf Eigentumsübertragung selbst nicht berühren wollte. Er hätte dann nur die Folge, dass der Eigentumsübergang verlangsamt würde und das will ja gerade das Depotgesetz verhindern. Unüberlegten Verzichten, die Schweyer befürchtet, hat der Gesetzgeber durch die starre Form vorgebeugt [3]), in der ein rechtsgültiger Verzicht abgegeben werden muss, wenigstens von denjenigen, die keine Bankiers sind [4]).

ad b) Es kann zweifelhaft sein und ist daher auch bestritten, ob § 9 nur die Einkaufskommission trifft, also alle diejenigen Fälle, bei welchen der Kommissionär Wertpapiere für den Kommittenten von einem Dritten erhalten hat, oder ob auch die Verkaufkommission hierher gehört, also diejenigen Fälle, in denen der Kommissionär die Papiere zum kommissionsweisen Verkauf vom Kommittenten erhalten hat, sodass das Eigentum an den Wertpapieren dem Kommittenten solange zusteht, bis der Kommissionär dieselben an einen anderen verkauft und übereignet hat. Apt und Lusensky [5]) verneinen die Frage.

---

[1]) Apt, S. 34 und Schweyer, S. 131.
[2]) Begründung Schweyer's a. a. O.
[3]) Eine Unüberlegtheit hintanzuhalten war auch der Grund, weshalb man für Bürgschaftserklärungen die schriftliche Form einführte.
[4]) Die Bankiers sind sich der Bedeutung des Verzichts bewusst.
[5]) Lusensky S. 82, Apt S. 40.

Pechmann[1]) vertritt die andere Ansicht, indem er namentlich auf die Analogie der zur Verwahrung oder als Pfand übergebenen Wertpapiere hinweist, wobei es gleichgiltig sei, ob sie von ihrem Eigentümer selbst oder für denselben von einem Dritten übergeben sind.

Der Wortlaut des § 9 Abs. 1 scheint zwar nicht die Verkaufskommission zu treffen. Dennoch ist m. E. der Ausdruck „für den Kommittenten in Besitz genommen" dahin zu verstehen, dass damit alle Wertpapiere gemeint sind, die der Kommissionär für den Kommittenten besitzt, gleichviel ob er sie von diesem oder von einem Dritten zu Besitz erhalten hat; denn eine Einschränkung auf die ersteren würde den allgemeinen Zwecken des Gesetzes — Schutz der Interessen des Publikums — zuwiderlaufen. Auch kann m. E. nicht geltend gemacht werden, dass im § 9 zuerst von den zur Verwahrung oder als Pfand „übergebenen" Wertpapieren die Rede ist und infolgedessen ein Gegensatz zwischen der ersten Kategorie der Wertpapiere des § 9 Abs. 1 und denjenigen, welche der Kaufmann als Kommissionär für den Kommittenten in Besitz genommen hat, bestünde dermassen, dass die ersteren Papiere solche sind, die er vom Kommittenten, letztere solche, die er für den Kommittenten von einem Dritten erhalten hat; denn offenbar bezieht sich der Satz „welche ihm zur Verwahrung oder zum Pfande übergeben sind", überhaupt nicht auf den Kommissionär; es kann also aus dem scheinbaren Gegensatze nichts gefolgert werden[2]).

Die Verkaufskommission ist vom Depotgesetz nicht erschöpfend geregelt oder besser es sind keine besonderen Vorschriften aufgestellt, da sie ja ihrer ganzen Natur nach keiner besonderen Regelung bedurfte, namentlich schon deshalb nicht, weil sich das Geschäft rasch abwickelt und es dabei selten zu einer Aufbewahrung kommt. Sollte dies aber dennoch vorkommen, namentlich bei Limitierungen auf einen gewissen Verkaufspreis, so ist nicht daran zu zweifeln, dass dem Kommissionär die Pflichten des § 1 Dep.-G. obliegen.

Nur im § 8 ist die Verkaufskommission erwähnt, dieselbe bezieht sich jedoch nicht auf die Verwahrung der Papiere durch den Kommissionär, sondern will im Falle der Aushändigung der Papiere durch den Kommissionär an einen Dritten zum Zwecke des Verkaufs, die Interessen des Kunden schützen; sie hat einen Zeitpunkt im Auge, wo der Kommissionär überhaupt nicht mehr die Verwahrung der Papiere hat.

---

[1]) Pechmann a. a. O. S. 276.
[2]) E. 34, 379.

Das Eigentum an den Wertpapieren steht dem Kommittenten zu und geht demselben erst dann verloren, wenn es der Kommissionär auf einen anderen überträgt. Mangels besonderer Vereinbarung ist daher, falls es überhaupt zu einer Verwahrung kommt, immer ein depositum regulare anzunehmen. Allerdings kann der Kommissionär durch ordnungsmässige Ausübung seines Selbsteintrittsrechtes die volle freie Disposition über die Papiere erlangen [1]).

ad c) Für die Umtausch- und Bezugskommission hat das Depotgesetz besondere Vorschriften aufgestellt in den §§ 5 und 6. Der Inhalt dieser Bestimmungen zielt darauf ab, die Rechte und Pflichten des Kommissionärs während des Zwischenstadiums, in welchem sich der Kommissionär im Besitze der Papiere befindet und die tatsächliche Verfügungsgewalt über dieselben hat, genau zu begrenzen und dem Auftraggeber das unzweifelhafte Eigentum an den neuen Stücken zu sichern. Zu diesem Zwecke hat der Kommissionär binnen zwei Wochen nach dem Empfange der neuen Papiere ein Stückeverzeichnis desselben Inhalts wie bei der Einkaufskommission zu übersenden, was ebenso wie dort den Eigentumsübergang zur Folge hat.

Die Ausführung der in Frage stehenden Kommission kann entweder auf Grund eines besonderen Auftrages erfolgen oder es kann dieser Auftrag ein Depot zur Verwaltung mit inbegriffen sein. Im letzteren Falle ist demnach der Kommissionär bereits im tatsächlichen Besitze der Stücke, während im ersteren Fall, wo ein Depositum nicht vorausgegangen ist, mit der Ausführung notwendig eine Ausantwortung der Papiere verbunden ist. Nach dem ganzen Zweck des Geschäftes versteht es sich von selbst, dass dem Kommissionär keinerlei Verfügungsrechte zustehen sollen. Der Kommissionär hat sich, soweit die Papiere lediglich zum Umtausche oder zur Geltendmachung von Bezugsrechten in seinen Besitz gekommen sind, jeder Verfügung zum eigenen Vorteil zu enthalten. Die Bestimmungen der §§ 5 und 6 kommen nur dann zur Anwendung, wenn und solange es sich um ein Kommissionsgeschäft handelt: ihre Anwendung ist ausgeschlossen, sobald der Kaufmann als Vertreter des Kunden auftritt.

Ebenso wie bei der Einkaufskommission kann hier auf Uebersendung des Stückeverzeichnisses verzichtet werden; dies erscheint zulässig, obwohl das Gesetz in den §§ 5 und 6 keine derartige Bestimmung aufweist [2]). Die rechtliche Folge davon ist, dass die neuen Papiere nicht in das Eigentum des Kunden kommen,

---

[1]) Schweyer S. 135.
[2]) Schweyer S. 134.

sondern dass dieser lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Stücke derselben Art hat.

§ 5.

Die Handlung des § 9 Abs. 1.

In den vorausgehenden §§ wurden Subjekt und Objekt des Vergehens, das § 9 Abs. 1 unter Strafe nimmt, dargestellt und abgegrenzt. Es ergab sich, dass, wie der Gesetzgeber nur ein bestimmtes Subjekt und Objekt, so auch nur bestimmte Gelegenheiten ins Auge fasst, bei denen eine Handlung i. S. der angeführten Bestimmung strafbar wird.

Welches ist nun diese Handlung selbst?

Das Gesetz sagt: Das bestimmte Subjekt — der Kaufmann — muss über das bestimmte Objekt — die im § 1 näher bezeichneten Wertpapiere — welches er infolge eines der im vorigen § näher dargelegten Rechtsgeschäfte in Besitz bekommen hat, ausser, im Falle des § 246 R.St.G.B., also im Falle der Unterschlagung, rechtswidrig verfügen und zwar entweder zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten.

Man sieht sofort, dass die Vorschrift des § 9 Abs. 1 als ein Komplement zu der Bestimmung des § 246 St.G.B. gedacht ist und es lässt sich infolgedessen der Kreis, innerhalb dessen der § 9 zu wirken bestimmt ist, nicht abgrenzen, ohne dass man den Wirkungskreis des § 246 kennt.

Eine Vergleichung beider Bestimmungen ist daher unerlässlich.

Selbstverständlich ist, dass hier nur die zweite Alternative des § 246 für den Vergleich in Betracht kommt[1]): „Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird, wenn die Sache ihm anvertraut ist, wegen Veruntreuung bestraft".

Vor allem sind es — um kurz nocheinmal zusammenzufassen — sofort ins Auge fallende äussere Unterschiede, die den juristischen Charakter der beiden Tatbestände nicht beeinflussen, Unterschiede, die nur auf den Zweck des Gesetzes zurückzuführen sind, diejenigen Mängel abzustellen und solchen rechtswidrigen Handlungen vorzubeugen, die in einem gewissen Geschäfts- und Personenkreise vorzukommen pflegten. Daher kommt es, dass nur Kaufleute die möglichen Subjekte, dass nur bestimmte Wertpapiere die möglichen Objekte des Vergehens nach § 9 Abs. 1 sind, während bei dem Vergehen der

[1]) Hering S. 8.

Unterschlagung als Subjekt jeder Strafmündige, als Objekt jede bewegliche Sache in Betracht kommt.

Dagegen treffen sich beide Bestimmungen wieder in der Voraussetzung, dass die Objekte anvertraut sein müssen. Ist dies auch im § 9 Abs. 1 nicht ausdrücklich gesagt, so ergibt sich dies doch aus dem Aggregat der Möglichkeiten, die das Gesetz für die Besitzerlangung der Wertpapiere seitens des Täters anerkennt. Anvertrauen heisst sprachlich nichts mehr, als dass einem anderen eine tatsächliche Verfügungsgewalt unter dem Vertrauen eingeräumt wird, er werde seine Gewalt nur im Sinne des Einräumenden gebrauchen[1]). Darnach muss eine Sache als anvertraut gelten, wenn der Besitz oder Gewahrsam kraft eines Rechtsgeschäftes mit der Verpflichtung, sie zurückzugeben oder sie einem anderen abzugeben, erlangt oder wenigstens fortgesetzt ist[2]). Wenn wir diese Definition als richtig anerkennen, so müssen wir auch zugeben, dass die Uebergabe der Wertpapiere zur Aufbewahrung oder zum Pfand und das Belassen der Papiere im Depot des Kaufmannes im Anschluss an eine Kommission den Begriff des Anvertrauens vollständig erschöpfen.

Auch in dem weiteren Requisit stimmen beide Bestimmungen überein, nämlich darin, dass die Wertpapiere fremde sein müssen. Es ist dies fast allgemein anerkannt, nur Stenglein[3]) leugnet dies, indem er behauptet, es liege eine strafbare Verfügung i. S. des § 9 Abs. 1 vor, wenn der Kommissionär die Stücke veräussere, verpfände etc., selbst wenn er noch nicht durch Absendung eines Stückeverzeichnisses das Eigentum an den Papieren auf seinen Auftraggeber übertragen habe. Ausdrücklich lege § 9 Abs. 1 auf das Eigentum kein Gewicht. Es bestehe ferner kein Zweifel, dass der Kommissionär, der eine Einkaufskommission oder einen Umtausch oder Bezug von Wertpapieren ausführe, die gekauften, eingetauschten oder bezogenen Wertpapiere für den Kommittenten in Besitz nehme, selbst wenn er den Vorsatz künftiger Veruntreuung habe; denn er könne nicht durch den blossen Willen den Rechtstitel seiner Erwerbung ändern, zumal er bis zur rechtswidrigen Verfügung durch Uebersendung des Stückeverzeichnisses die Sache dem Rechte gemäss ordnen könne. Der Kommissionär habe also die Papiere für den Kommittenten in Besitz genommen und da er zur Uebertragung des Eigentums rechtlich verpflichtet sei, so sei eine andere Verfügung rechtswidrig. Es sei also § 9

---

[1]) E. 4, 386.
[2]) Olshausen, Anm. 23 zu § 246.
[3]) Stenglein, Anm. 5 zu § 9.

anwendbar, da eine Unterschlagung mangels Eigentumsübertragung nicht vorliege.

M. E. ist dies nicht richtig: davon, dass § 9 Abs. 1 „ausdrücklich" auf das Eigentum kein Gewicht legt, ist im Gesetze nichts zu finden; wohl aber spricht die Ueberschrift des Gesetzes von Aufbewahrung „fremder" Wertpapiere, und die Motive zum Depotgesetze sagen, dass diejenigen Verfügungen, die das „Eigentum" nicht berühren, straflos zu lassen seien. Allein auch wenn sich die Begründung in diesem Punkte ausgeschwiegen hätte, könnte Stenglein widerlegt werden. Unbestrittenermassen erwirbt der Kommissionär die Papiere, die er kauft, zu Eigentum. In den meisten Fällen kommt es dem Verkäufer gegenüber gar nicht zum Ausdruck, dass er als Kommissionär auftritt. Der Titel seines Erwerbes ist der Kauf. Es hiesse nun ein ganz neues Prinzip in die Rechtsordnung hereintragen, wenn man behaupten wollte, man könnte mit seinem freien Eigentum nicht verfahren, wie man wollte[1]) oder gar, man könnte über sein Eigentum auch rechtswidrig verfügen. Wohl kann man — wie der Kommissionär durch den Kommissionsvertrag — obligatorisch verbunden sein, seine Sache einem anderen zu übertragen und durch Verletzung dieser Obligation civilrechtlich schadensersatzpflichtig werden; aber dieses obligatorische Recht des anderen Kontrahenten ist kein solches, durch welches das Verfügungsrecht des Eigentümers an sich gehindert würde. Das ergibt sich auch aus dem Depotgesetz selbst. Gemäss § 7 geht mit der Absendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum an den darin bezeichneten Papieren auf den Kommittenten über, soweit der Kommissionär „zu verfügen berechtigt" ist. Aus diesen Worten erhellt, dass die Möglichkeit dieser Berechtigung des Kommissionärs vom Gesetze nicht geleugnet wird; daraus aber, dass der Kommissionär erst mit dieser Berechtigung dem Kommittenten Eigentum an den Papieren übertragen kann, folgt, dass es kein Recht des Kommittenten sein kann, das vom Gesetzgeber als der Verfügungsberechtigung entgegenstehend ins Auge gefasst ist, dass also auch das obligatorische Recht des Kommittenten gegenüber dem Kommissionär auf Uebertragung des Eigentums an den Papieren nicht ein solches Recht ist. Es kann also nur das Recht eines Dritten[2]) sein, das der Verfügungsberechtigung des Kommissionärs, solange er Eigentümer ist, entgegensteht und er ist verfügungsberechtigt, wenn ein solches nicht vorhanden ist. Dies ist aber der Fall, wenn der Kommissionär freier, d. h. nicht durch das

[1]) Soweit dadurch nicht öffentliche Interessen verletzt werden.

[2]) Eines anderen als des Kommittenten.

Recht eines Dritten an seiner Sache beschränkter Eigentümer ist. Er ist dann verfügungsberechtigt, ohne dass diese Berechtigung auf die Richtung gegen den Kommittenten beschränkt wäre; es wäre ein direkter Widerspruch zu sagen, „er ist frei zu verfügen berechtigt, aber jede andere Verfügung als die gegenüber dem Kommittenten ist widerrechtlich“ [1]).

Selbstverständlich gilt die vorgetragene Ansicht auch für den Fall, dass auf die Uebersendung des Stückeverzeichnisses verzichtet wurde, wenn man annimmt, dass dieser Verzicht nicht als Verzicht auf Uebertragung des Eigentums anzusehen ist. Ist er aber als solcher aufzufassen — was m. E. das Richtige ist — so kommt dieser Fall für die eben behandelte Frage überhaupt nicht in Betracht, da dann der Kommissionär nicht einmal obligatorisch dem Kommittenten verbunden ist.

So klar es demnach ist, dass die Papiere, über die rechtswidrig verfügt werden kann, im Eigentum eines anderen als des Kommissionärs stehen müssen, ebenso klar ist es auch, dass man im ganzen Rechtsgebiet nur mit einem einheitlichen Eigentumsbegriff zu rechnen hat und dass hier der civilrechtliche Eigentumsbegriff der massgebende ist. Insbesondere hat man heute mit Recht darauf verzichtet, einen Unterschied zwischen civilrechtlichen und strafrechtlichen Eigentum festzuhalten, wie das frühere Obertribunal [2]), indem es für die Unterschlagung öfter Eigentum für gegeben erachtete, wo nur ein obligatorischer Herausgeberanspruch bestand, ein Vorgehen, für das Binding [3]) nur den Ausdruck „Ungedanke“ übrig hat. Das Reichsgericht ist dieser Anschauung sofort entgegengetreten und hat in „feststehender Rechtssprechung“ [4]) den Grundsatz aufgestellt, dass beim Diebstahl wie bei derUnterschlagung die Frage des Eigentums und des Eigentumsüberganges nach den massgebenden privatrechtlichen Grundsätzen zu lösen sei. Dies erfordere der Zweck der Strafgesetze, welcher eben in dem Schutze der einschlägigen privatrechtlichen Verhältnisse bestehe, andrerseits die Sicherheit der Strafrechtspflege, welche auf der Festhaltung des positiven gesetzlichen Bodens beruhe und es verbiete, etwa auf Grund der Erwägung, dass die civilrechtlichen Grundsätze zur Deckung der kriminalistischen Bedürfnisse nicht ausreichten, dass mithin unter Absehen von jenen Grundsätzen zur Sicherung von Treu und Glaube im gesellschaftlichen Verkehr, eine Lücke

---

[1]) A. A. wie Stenglein, Pechmann a. a. O. S. 277, Binding S. 284, Hering S. 13/14, Schweyer S. 144. Für Stenglein Honig S. 22, jedoch ohne jede weitere Begründung.

[2]) Goltdammer Archiv insbes. Bd. 16, 233.

[3]) Binding S. 256.

[4]) E. 21, 367 vgl. E. 3, 152.

im Gesetz ausgefüllt werden müsse, das gegebene Strafgesetz durch Analogie über seinen Rahmen auszudehnen [1]).

Was hier für die Unterschlagung ausgesprochen und durchgeführt ist, hat ebenso für die rechtswidrige Verfügung des § 9 Abs. 1 des Dep.-Ges. zu gelten, insbesondere, weil hier der Schutz des Civilrechts von besonderer Bedeutung ist, und die Strafbestimmungen geradezu auf die civilrechtlichen Vorschriften zugeschnitten sind.

Die Eigentumsverhältnisse an den Wertpapieren, welche auf die oben bezeichnete Weise in den Besitz des Kaufmannes gekommen sind, sind bereits auf grund der civilrechtlichen Bestimmungen unseres geltenden Rechtes festgestellt und haben bei der strafrechtlichen Beurteilung der rechtswidrigen Verfügung i. S. des § 9 Abs. 1 Verwendung zu finden.

Nicht so klar ist sich die Praxis über die Frage geworden, in welchem Sinne der Begriff des Besitzes in § 246 St.G.B. und in § 9 Abs. 1 des Dep.-Ges. zu nehmen ist. Hier ist — im Gegensatz zur Feststellung des Begriffes des Eigentumes — davon auszugehen, dass man den Begriff des Besitzes im strafrechtlichen Sinne nicht dem jeweiligen Civilrecht entnehmen darf, sondern dass man unter Besitz in diesem Sinne „die tatsächliche Herrschaftsgewalt zu verstehen hat und zwar eine derartige, infolge deren der nachfolgende Akt der Zueignung keinen Eingriff in fremden Gewahrsam oder wenigstens keine strafbare Verletzung fremder Machtsphäre in sich schliesst [2])". Das Reichsgericht [3]) hat dies für § 246 St.G.B. anerkannt: „Allerdings betrachtet das bürgerliche Recht nicht nur den Pfandgläubiger, der das Pfand in Verwahrung hat, sondern auch den Verpfänder als Besitzer und nennt diesen Besitz einen mittelbaren (§ 858 B.G.B.). Allein dieser mittelbare Besitz steht nicht in einer solchen tatsächlichen Beziehung zu der verpfändeten Sache, wie sie beim Vergehen der Unterschlagung auf seiten des Täters unterstellt ist. Die Annahme aber, dass der Besitz, wie er im § 246 St.G.B. vorausgesetzt ist, ohne weiteres in jedem Falle vorliege, in welchem das bürgerliche Recht einen solchen anerkennt, ist nicht angängig. Es kann da, wo ein Strafgesetz von Besitz spricht, weil der Besitz, wenn ihm auch vom bürgerlichen Rechte gewisse rechtliche Wirkungen beigelegt sind, doch nicht ein ausschliesslich privatrechtliches Institut, sondern zunächst rein tatsächlicher Natur ist, nicht ohne weiteres dieser Ausdruck nach dem Sprachgebrauche

[1]) Vgl. auch Kapf S. 24 f.

[2]) Kapf S. 60.

[3]) E. 37, 199 wo das Urteil, das mittelbaren Besitz als für die Unterschlagung genügend angenommen hatte, mit obiger Begründung aufgehoben wurde.

des bürgerlichen Rechtes verstanden werden". Damit sind also alle Formen des mittelbaren Besitzes des B.G.B. für den Besitzbegriff ausgeschieden [1]).

Für das Vergehen des § 9 Abs 1 des Dep.-Ges. hat das Reichsgericht diese Frage noch nicht endgiltig entschieden und auch in der Litteratur ist dieser Punkt wenig berücksichtigt. Das Reichsgericht hat die Frage nur angeregt [2]): „Es kann ununtersucht bleiben, . . . ob ein (solcher) nur mittelbarer Besitz zur Erfüllung des Tatbestandes des § 9 Abs. 1 des Dep.-Ges. ausreicht, dieser nicht vielmehr ebenso, wie bei der Unterschlagung keineswegs Besitz im Rechtssinne, sondern unmittelbaren Besitz in der Bedeutung einer tatsächlich bestehenden direkten Herrschafts- und Verfügungsgewalt erfordert". Das Reichsgericht scheint sich also der Ansicht zuneigen zu wollen, dass der Begriff des Besitzes im Falle des § 9 Abs. 1 der nämliche sei, wie bei der Unterschlagung. M. E. ist das richtig. Denn schon in der oben erwähnten Entscheidung ist ausgesprochen, dass da, wo ein Strafgesetz von Besitz spricht, immer nur die tatsächliche Innehabung zu verstehen ist und dies ist denn auch dort folgerichtig auf den Begriff des Besitzes in § 9 des Sprengstoffgesetzes vom 9. VI. 94 angewendet. Aber auch abgesehen hievon ergibt sich schon aus dem Umstand, dass, wie oben bereits erwähnt, der § 9 Abs. 1 des Dep.-Ges. seinem Gesamtinhalt nach sich als Ergänzung der Vorschriften des Strafgesetzbuches über die Unterschlagung darstellt, mit Gewissheit, dass der Begriff des „Besitzes" in beiden Fällen der gleiche sein muss und dass ein mittelbarer Besitz i. S. des bürgerlichen Rechtes, der hier im Falle der Aufbewahrung von Wertpapieren sehr oft vorkommen kann und vorkommt, demnach auszuscheiden hat [3]).

Die Konsequenzen, die sich hieraus ergeben, sind für das Strafrecht sehr unbefriedigende. Oft gestattet der Hinterleger dem Bankier (Kaufmann) die Wertpapiere bei einem Dritten zu hinterlegen, vielleicht weil durch bessere Einrichtungen ein grösserer Schutz der Papiere vor Verlust oder Verderben garantiert ist. Mit der Ausantwortung [4]) geht der tatsächliche Besitz auf den Dritten über, während dem ursprünglichen Verwahrer nur der mittelbare Besitz bleibt. Lässt nun der mittelbare Besitzer durch den Verwahrer über die Papiere eine

---

[1]) Olshausen Anm. 8 zu § 246, Anm. 16 zu § 242. Binding S. 286. Oppenhof Anm. 24 zu § 246. v. Liszt § 131. A. A. Dürr S. 51.

[2]) E. 37, 230.

[3]) A. A. Ebermayer in d. Zeitschr. für Rechtspfl. in Bayern 1906 S. 10.

[4]) Die Ausantwortung muss selbstverständlich unter Beobachtung der Vorschrift des § 8 Abs. 1 des Dep.-Ges. geschehen.

Verfügung nach Massgabe des § 9 Abs. 1 vornehmen, so kann der ursprüngliche Verwahrer nicht zur Verantwortung gezogen werden, weil seine Handlung nicht den Tatbestand des § 9 Abs. 1 erfüllt [1]).

Auch bei der Einkaufskommission zeigt sich das. Wie bereits oben ausgeführt, kann der Kommittent Eigentum an den vom Kommissionär für ihn eingekauften Wertpapieren erwerben, ohne dass der Kommissionär die Papiere in Besitz genommen zu haben braucht. Es genügt, wie festgestellt, die Absendung eines formell gültigen Stückeverzeichnisses an den Kommittenten [2]). Wenn nun in einem solchen Falle, wo der Kommissionär die Papiere nicht bezogen hat [2]), derselbe in der eben angedeuteten Weise verfügen lässt, so kann er nicht gestraft werden, weil es auch hier an dem Tatbestandsmerkmale des „Besitzes" i. S. des § 9 Abs. 1 fehlt. Aber auch wegen anderer Vergehen, die ein solches Handeln vielleicht in sich schliessen könnte, wird er nicht schuldig gesprochen werden können, weder wegen Betrugs [3]), noch wegen Untreue [4]).

Ausser einigen Unterschieden in Subjekt und Objekt stimmen die beiden Vergehen des § 246 St.G.B. und des § 9 Abs. 1 des Dep.-Ges. in den Voraussetzungen, die bis jetzt erörtert wurden, überein. Die hauptsächlichste Verschiedenheit, die zwischen beiden Delikten besteht, liegt in dem Unterschied zwischen der rechtswidrigen Zueignung (§ 246) und der rechtswidrigen Verfügung (§ 9). Was ist unter Zueignung zu verstehen? Oft wird „sich zueignen" interpretiert: „sich zu eigen machen"; dadurch kann man aber leicht zu der falschen Vorstellung kommen, als wäre für die Zueignung eine Tätigkeit verlangt, durch welche der Täter Eigentum an der Sache erlangt [5]). Man hat in der Tat die Zueignung in dieser Weise definiert: der Täter lässt die fremde Sache durch Unterschlagung

---

[1]) Man könnte vielleicht darin einen Betrug erblicken insoferne der unmittelbare Besitzer (Verwahrer) über die Berechtigung des (aushändigenden) Bankiers getäuscht, eine Verfügung über die Papiere trifft, die deren Eigentümer schädigt. Dies ist in vielen Fällen schon um deswillen ausgeschlossen, weil der Bankier sich nicht immer dadurch einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschaffen will, oft aber auch deswegen, weil im Geschäftsverkehr der Verwahrer lediglich auf grund der Anweisung verfügt, ohne Rücksicht auf dessen Berechtigung, da er ja in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle den Eigentümer der Papiere gar nicht kennt.

[2]) Selbstverständlich ist hier vorausgesetzt, dass der Kommissionär der Mitteilungspflicht des § 8 Dep.-G. nachgekommen ist und dass er mit Gestattung des Kunden die Papiere bei dem Dritten hat liegen lassen.

[3]) Siehe Anm. 1.

[4]) Siehe unten S. 48 f.

[5]) Kapf S. 79.

in sein Eigentum auf rechtswidrige Weise übergehen [1]) oder die Zueignung ist die dolose Verwandelung der Detention in Eigentum [2]). Dies ist ebenso unrichtig als der öfters gebrauchte Ausdruck: der Täter masse sich das Eigentum an der fremden Sache an. Denn man kann nicht sagen, dass derjenige der sich fälschlich für den Eigentümer einer Sache ausgibt, sich die Sache zueignet, wohl aber ist darin eine Anmassung des Eigentums zu finden. Dem Sinne näher kommt schon die Definition: „Die Sache wie seine eigene behandeln"; denn in der Tat ist die Behandlung, die der fremden Sache seitens des Täters bei der Unterschlagung zu teil wird, eine solche, wie sie der Eigentümer derselben gegenüber auszuüben pflegt; man wird aber dennoch nicht leugnen können, dass auch der unerlaubte Gebrauch unter diese Definition fällt, ohne dass man in diesem Falle an eine Unterschlagung denken könnte.

Man kann also mit der Wortauslegung nicht zurechtkommen; es ist daher geboten auf den Sinn des Gesetzes zu recurrieren und sich dabei vor Augen zu halten, dass die Unterschlagung ein Vergehen gegen die Eigentumsordnung ist [3]). Diesen wesentlichen Charakter der Unterschlagung zu grunde gelegt, heisst „sich zueignen" nichts anderes, als ein Verhalten, durch welches sich der Wille des Täters erkennen lässt, über eine Sache unter Ausschluss der Herrschaft des wahren Eigentümers, selbst wie ein Eigentümer zu verfügen. Daraus folgt vor allem für den Willen des Tätes das Bewusstsein und die Absicht der Verletzung fremden Eigentums. Die Handlung aber, wodurch diese Absicht verwirklicht werden soll, besteht aus zwei Elementen: aus der Enteignung und der Aneignung. Bei der Enteignung soll dem Eigentümer vom Täter nicht sein Eigentumsrecht entzogen werden, „sondern nur die Sache; diese aber mit dem gleichen tatsächlichen Erfolge, als sei ihm das Recht verloren [4])". Nach dem Willen des Täters soll der Eigentümer die Sache nie wieder zurückerhalten. Dagegen steht die Dauer der Enteignung selbst nicht in der Macht des Täters. Die Absicht die fremde Sache nur vorübergehend zu gebrauchen oder sie bis zu einem bestimmten Zeitpunkt als Pfand zu behalten, gilt nicht als Enteignung. Die Enteignung allein ist jedoch nicht der Zweck des Unterschlagenden. Dieser will sich die Sache aneignen d. h. der Täter will, wie oben bereits dargelegt, „tatsächlich an die Stelle des Eigentümers treten und für sich

[1]) Grohmann S. 288. Archiv 1852, Kapf S. 79.
[2]) Huber, die Unterschlagung S. 1.
[3]) Kapf a. a. O.
[4]) Binding S. 264.

ein Verhältnis zur Sache schaffen, dem es nur an der rechtlichen Sanktion mangelt, um Eigentumsverhältnis zu sein [1])". Die Aneignung ist vollendet mit der Herstellung des Herrschaftsverhältnisses bezw. mit der ersten Betätigung des ausschliesslichen Herrschaftswillens.

Nach dieser Darstellung des Begriffes der Zueignung lässt sich der Begriff der Verfügung i. S. des § 9 Abs. 1 leicht feststellen.

Ueber eine Sache verfügen heisst: darüber eine solche Bestimmung treffen, durch welche eine Veränderung im Verhältnis zwischen dem Eigentümer und der Sache selbst herbeigeführt wird [2]). Zweifellos ist auch die Unterschlagung eine Verfügung in diesem Sinne. Dies setzt auch § 9 Abs. 1 voraus, wenn er als Handlung, mit der in dieser Vorschrift zu rechnen ist, eine Verfügung verlangt, die nicht der Verfügung des § 246 gleichkommt. Es soll also in der Verfügung des § 9 eine Zueignung nicht enthalten sein, durch die Verfügung soll dem Eigentümer die Sache (Wertpapier) nicht dauernd entzogen und dem Täter die unbeschränkte Herrschaftsausübung nicht tatsächlich zukommen, aber dennoch soll durch die Verfügung an dem Verhältnis des Eigentümers zur Sache eine Veränderung eintreten. Daraus ist sofort zu erkennen, dass man den Unterschied zwischen dem „sich zueignen" des § 246 und dem „verfügen" des § 9 Abs. 1 auf subjektivem Gebiete zu suchen hat, das heisst der Unterschied wird in der Willensrichtung des Täters zu finden sein und je nachdem er Zueignung oder nicht Zueignung gewollt, wird er nach § 246 bezw. § 9 Abs. 1 zu strafen sein. Verfügung i. S. des § 9,1 ist also eine Handlung des Täters, durch die der Eigentümer zu seinen Wertpapieren in ein Verhältnis gesetzt wird, in welchem er die aus seinem Eigentumsrecht sich ergebende Herrschaftsgewalt nicht ausüben kann, das aber der Täter unter Respektierung der Herrschaftsgewalt des Eigentümers zu gunsten derselben wieder zu beseitigen bei seiner Handlung den festen Willen hat, also im Gegensatz zur Unterschlagung, wo gerade das Gegenteil gewollt ist [3]).

Nach der Feststellung des Begriffes der Verfügung ist noch zu untersuchen, welche Fälle rechtswidriger Verfügung unter

---

[1]) Binding S. 267.

[2]) E. 11, 412.

[3]) Binding S. 284 definiert Verfügung als rechtsgeschäftlichen Akt mit Besitzaufgabe; zu Unrecht, denn unbestritten ist die Eigentumsübertragung eine Verfügung; man kann aber recht wohl Eigentum an einer Sache übertragen ohne den Besitz desselben aufzugeben: § 930 B.G.B.

§ 246, welche unter § 9 Abs. 1 zu subsumieren sind und welche Fälle auch bei der derzeitigen Gesetzgebung noch straflos sind.

In den früheren Strafgesetzbüchern z. B. im preussischen §§ 225, 226 war eine Spezialisierung der Unterschlagungshandlungen gegeben, während unser heutiges Reichstrafgesetzbuch sich eines generellen Ausdruckes bedient und es der Entscheidung des Richters überlässt, ob er im konkreten Falle die Voraussetzungen des Unterschlagungsdeliktes für gegeben erachtet oder nicht; denn oft konnte man da, wo spezialisiert war, einen Tatbestand, der heute als Unterschlagung aufzufassen wäre, nicht unter einen der namentlich aufgeführten Unterschlagungsfälle unterbringen und dabei entstand die manchmal schwierige Frage, ob der spezialisierende Gesetzgeber bei Aufstellung der Strafsatzung nur exemplikativ oder erschöpfend sein wollte. Andrerseits ist eine generelle Ausdrucksweise auch deshalb vorzuziehen, weil dadurch für den Richter Handlungen, die eine Unterschlagung darstellen können, aber nicht unter allen Umständen eine solche sein müssen, nicht „ein für allemal zu Zueignungshandlungen gestempelt sind“ [1]).

1. Vor allem ist zu erwähnen der Fall der Veräusserung: Diese stellt meist eine Unterschlagung dar, indem bei der Veräusserung der Wille des Täters darauf abzielt, die Sache dem Eigentümer dauernd zu entziehen und sich dieselbe zum Zwecke weiterer Verwertung anzueignen. Das gilt insbesondere auch für Wertpapiere. Dieser Wille kann aber auch fehlen. In dieser Beziehung ist der Fall zu erwähnen, dass der Verwahrer die Papiere verkauft, sich aber ein Rückkaufsrecht vorbehält und namentlich der fast ausschliesslich bei Wertpapieren vorkommende, hierher gehörige Fall des Deportgeschäftes. Hier verkauft der Täter (Deporteur) die Wertpapiere zum Tageskurse, kauft aber gleichzeitig von dem Käufer dieselben Papiere oder Stücke gleicher Art zu demselben Kurse nach Abzug einer vereinbarten Summe zu einem bestimmten weiteren Termin wieder zurück; er muss also spätestens in dem Augenblicke, in welchem er die Papiere verkauft Eigentümer sein bezw. er muss sich die Papiere angeeignet haben, und damit wäre eigentlich die Unterschlagung vollendet. Oppenhof [2]), der den Schwerpunkt nicht in den wirtschaftlichen Erfolg, sondern in die juristische Form verlegt, die sich bezüglich des ersten Rechtsgeschäftes als eine Veräusserung, eine Eigentumsübertragung, darstellt, erblickt in einem solchen Rechtsgeschäft

---

[1]) Motive zum revidierten Entwurf des Strafgesetzb. S. 122.
[2]) Oppenhoff Anm. 32 zu § 246.

schlechthin eine Unterschlagung. Mit Recht hat Hering[1]) dagegen eingewendet, dass das Deportgeschäft als eine Kombination zweier auf einem Entschluss beruhender Rechtsgeschäfte — eben des Verkaufs und des Wiederkaufes — zu betrachten und deshalb auch ohne Zueignungsabsicht recht wohl denkbar sei. Das Reichsgericht[2]) hat auch in einem Falle im Verkaufe einer Sache noch keine Zueignung erblickt, weil der Verkäufer alles vorgesehen hatte, um die Rechte des Eigentümers zu wahren. Hering findet m. R. im Deportgeschäft eine Zueignung nur dann, wenn der Verkäufer von Anfang an, die Absicht, den Rückkauf nicht auszuführen, wenigstens eventuell hatte, ein Prolongationsgeschäft also nur zum Scheine abschloss. Es liegt also im Falle des wirklichen Deportgeschäftes, bei dem der Deporteur fremde Papiere benützt, nur eine Verfügung i. S. des § 9 Abs. 1 vor[3]).

2. In zweiter Linie wäre hier die Zerstörung zu nennen. In der Zerstörung kann nur dann eine Aneignung gefunden werden, wenn sie im Verbrauch der Sache besteht[4]). Bei Wertpapieren trifft dies natürlich nicht zu. Aber auch eine Verfügung i. S. des § 9 Abs. 1 ist in der Zerstörung von Wertpapieren nicht zu erblicken; selbst wenn hier nicht verlangt wäre, dass die Verfügung „zum Nutzen des Täters oder eines Dritten" vorgenommen werden müsste, wäre im erwähnten Falle eine solche nicht gegeben. Hering[5]), der dieses Kriterium als entscheidend erachtet und nur deshalb eine Verfügung leugnet, weil eine Zerstörung von Wertpapieren niemals zum Nutzen des Täters oder eines Dritten begangen werden könne, befindet sich im Irrtum. Denn wenn er sagt[6]), eine Verfügung gemäss § 9 Abs. 1 liege in jeder, wenn auch nur vorübergehenden Bestimmung über das Schicksal anvertrauter Wertpapiere mit Ausnahme der Zueignung derselben, insoferne durch diese Bestimmung eine Veränderung in dem Verhältnis des Auftraggebers zu den Wertpapieren herbeigeführt wird, so passt diese Definition nicht auf die Vernichtung von Wertpapieren, da nach der Vernichtung der Papiere der bisherige Eigentümer derselben in gar keinem Verhältnis mehr zu ihnen steht.

---

[1]) Hering S. 19.

[2]) E. 11, 17.

[3]) Auch Pechmann a. a. O. S. 275 gibt dies — allerdings nicht mit Bestimmtheit zu, indem er sagt, der § 9 könne vielleicht, wenn über die Form des Geschäftes weggesehen würde, auf den einen oder den anderen Fall des Gebrauchs (von Wertpapieren) zu Prolongationszwecken Anwendung finden.

[4]) Frank zu § 246, III, 2 führt als Beispiel dafür das Verschiessen von Patronen an.

[5]) Hering S. 22.

[6]) Hering S. 21.

3. Der weitaus wichtigste Fall der hier interessiert, ist die Verpfändung. In vielen früheren Strafgesetzen war die Verpfändung fremder Sachen ohne Rücksicht auf den Willen des Täters als Unterschlagung geahndet. Man präsumierte eben unwiderleglich bei der Verpfändung den Aneignungswillen des Täters. Nachdem aber das deutsche Strafgesetzbuch generell definiert hat, ist gerade die Verpfändung fremder Sachen der Fall geworden, wo es oft strittig ist, ob eine Aneignungshandlung vorliegt oder nicht. Die Motive zum Depotgesetz [1]) führen in dieser Richtung aus: „Die rechtswidrige Zueignung setzt die Absicht des Täters voraus, über die in seinem Gewahrsam befindliche fremde Sache, wie über sein Eigentum zu verfügen. Eine rechtswidrige Verfügung, bei der die Absicht nicht auf Zueignung gerichtet ist, wird durch § 246 St.G.B. nicht getroffen. Dies gilt insbesondere für den wichtigsten Fall der Verpfändung, welche je nach der Willensrichtung als Unterschlagung, aber auch nur als unerlaubter Gebrauch sich darstellen kann". Es kommt also lediglich auf die Willensrichtung des Täters an. Das Reichsgericht hat diesen Standpunkt schon von Anfang an vertreten [2]) und in Oppenhof, Rechtssprechung Bd. 12 S. 311 ist wörtlich ausgeführt: „Zugegeben ist, dass die Verpfändung einer fremden Sache, da zu derselben nur der Eigentümer berechtigt ist und da dieselbe unter bestimmten Voraussetzungen zur Veräusserung führt, der Regel nach auf die Absicht des Täters, über die Sache als Eigentümer zu verfügen, schliessen lässt. Aber es kann nicht behauptet werden, dass diese Absicht nicht durch besondere Umstände des konkreten Falles ausgeschlossen erscheinen kann". Mit den „besonderen Umständen" ist gemeint, dass der Fall derartig gelagert sein kann, dass daraus auf die Absicht des Täters geschlossen werden kann, sich die Sache durch die Verpfändung nicht zuzueignen, sondern sie rechtzeitig wieder einzulösen. Also im Gegensatz zu früher nicht eine unwiderlegbare, sondern eine widerlegbare Vermutung!

Eine derartige Stellung der Rechtssprechung des obersten Gerichtshofes, dem sich naturgemäss die Praxis der unteren Gerichte anschloss, wurde namentlich den bei den Bankiers in offenen Depots hinterlegten Wertpapieren gefährlich. Denn wenn dem Verpfänder nicht nachgewiesen werden konnte, dass er die Papiere sich angeeignet hatte, so war er freizusprechen, da für eine Verpfändung ohne Aneignungsabsicht keine Strafe

[1]) A. a. O. S. 35.
[2]) E. 2, 25.

vorgesehen war. Hier greift nun das Depotgesetz ein, das eine Aneignungsabsicht nicht voraussetzt. Es bestraft in § 9 Abs. 1 auch denjenigen, der bei der Verpfändung fremder Wertpapiere die Absicht hatte, dieselben wieder einzulösen. Dabei ist aber wohl zu beachten, dass der Täter, um nur nach § 9 Abs. 1 strafbar zu sein, die Einlösungsabsicht haben musste; der Umstand allein, dass die Papiere für den Eigentümer einlösbar waren, bewirkt, auch wenn der Täter dies wusste, allein noch nicht, dass die Verpfändung der Wertpapiere nur als eine „rechtswidrige Verfügung" i. S. des § 9 über dieselben anzusehen ist; denn dass die Papiere dem Eigentümer dauernd entzogen sind, setzt § 246 nicht voraus; die Entziehung muss nur vom Täter dauernd gewollt sein.

Weder Unterschlagung noch rechtswidrige Verfügung liegt vor, wenn der Bankier (Kaufmann) das ihm durch die Verpfändung der Papiere an ihn selbst zustehende Recht verpfändet; denn hier verfügt der Täter nicht über fremde Wertpapiere, sondern über sein eignes Recht.

4. In nächster Linie ist der unerlaubte Gebrauch einer fremden Sache, das römische furtum usus, anzuführen. Im Gebrauch einer fremden Sache ist eine Unterschlagung nach heutigem Rechte nur dann zu erblicken, wenn er sich mit der Vorenthaltung des Besitzes verknüpft. Ausserdem ist er straflos. Ein Gebrauch von Wertpapieren, der häufig vorkommt, ist die Benützung der Wertpapiere zu Abstimmungszwecken seitens des Verwahrers ohne Erlaubnis des Eigentümers. Es ist nun die Frage aufzuwerfen, ob eine derartige Benutzung von Aktien nicht unter § 9 Abs. 1 fällt. Sie ist zu verneinen. Das ist fast unbestritten[1]; nur in der Begründung weichen die einzelnen von einander ab. Hering[2] sagt, das Depotgesetz sei innerhalb der Grenzen seiner Aufgabe zu den römisch-rechtlichen Grundsätzen zurückgekehrt, nach welchen das rechtswidrige Gebrauchmachen als furtum usus unter Strafe gestellt war. Wenn das richtig wäre, hätte er konsequenterweise auch den eben angeführten Fall dem Depotgesetz unterstellen müssen. Aber auch er tritt für die Straflosigkeit einer solchen Manipulation ein[3]. Das Depotgesetz lässt eben, wie überhaupt in der Regel das deutsche Strafrecht, den unerlaubten Gebrauch, straflos; die Fälle, die nach dem Depotgesetz strafbar sind, sind mehr als lediglich ein Gebrauchmachen. Nach der oben gegebenen Definition der Verfügung muss durch dieselbe das Verhältnis des Eigentümers zu seinen

[1]) Nur Bondi will in einzelnen Fällen den § 9 Abs. 1 anwenden.
[2]) S. 26.
[3]) S. 22 f.

Wertpapieren eine Aenderung erfahren. Da dies in fraglichem Falle nicht vorliegt, haben schon die Motive zum Depotgesetz die Benützung der anvertrauten Aktien zu Stimmzwecken aus dem Bereich des § 9 Abs. 1 ausgeschieden, „da es sich hier nur um einen Gebrauch handle, welcher das Eigentum nicht berühre"; d. h. in Ansehung des Sinnes und Zweckes des Depotgesetzes im allgemeinen und der Vorschrift des § 9 Abs. 1 im speziellen: die Benützung von Aktien zu besagtem Zwecke fällt deshalb nicht unter § 9 Abs. 1, weil durch dieselbe nicht (wie bei den anderen unter diese Bestimmung fallenden Handlungen) eine Eigentumsgefährdung herbeigeführt wird [1]).

Im einzelnen liegt ein solcher Missbrauch von Aktien in der unerlaubten Benützung derselben zur Ausübung eines Stimmrechtes in der Generalversammlung [2]), zur Berufung einer ausserordentlichen Generalversammlung und zur Erzwingung der Ankündigung von Gegenständen zur Beschlussfassung [3]), zur Vertagung der Verhandlung über die Genehmigung der Bilanz [4]), zur Erzwingung der Geltendmachung der Ansprüche der Gesellschaft aus der Gründung [5]), zur Anfechtung von Beschlüssen der Generalversammlung [6]), zur Herbeiführung der Liquidation [7]) und zur Herbeiführung des Antrags auf Nichtigkeitserklärung der Aktiengesellschaft [8]).

Diese Fälle waren früher mit Ausnahme des ersten straflos, jetzt ist aber für sämtliche die gleiche Strafe [9]) angedroht und bei dieser Ahndung des Aktienmissbrauchs wird es trotz des

---

[1]) Es ist deshalb unnötig, innerhalb des Kreises der Verfügungen eine Scheidung vorzunehmen, wie Pechmann a. a. O. S. 277, zwischen Verfügungen i. w. u. Verfügungen i. e. S., indem unter Verf. i. e. S. als strafbare Verf. diejenigen zu verstehen sind, durch welche der in den Papieren verkörperte Vermögenswert im Interesse des Täters oder eines Dritten nutzbar gemacht wird, sodass für die Verfügungen i. w. S., unter die er auch die Benützung von Aktien zu Stimmzwecken zählt, Handlungen sich ergeben, bei denen eine Nutzbarmachung des Vermögenswertes nicht gegeben ist und die deshalb straflos sind. — Binding S. 284, der ebenfalls für die Straflosigkeit eintritt, erklärt dies in Anwendung seiner oben erwähnten Definition der Verfügung: weil mit dem Gebrauch zu Abstimmungszwecken keine Besitzaufgabe verbunden sei, sei diese Handlung straflos. Das ist nicht richtig; denn auch ein Verleihen von Aktien zu Stimmzwecken, ist nicht nach § 9 Abs. 1, sondern nach § 318 H.G.B. strafbar; man kann aber nicht sagen, dass damit keine Besitzaufgabe verbunden wäre.

[2]) § 318 H.G.B.
[3]) § 254 „
[4]) § 264 „
[5]) § 268 „
[6]) § 271 „
[7]) § 295 „
[8]) § 309 „

[9]) Geldstrafe von zehn bis dreissig Mark für jede der Aktien, jedoch nicht unter eintausend Mark § 318 H.G.B.

Depotgesetzes auch in Zukunft bleiben; denn aus der besonderen Strafe, die auf den Aktienmissbrauch gesetzt ist, ist zu schliessen, dass auch der Gesetzgeber denselben nicht als eine rechtswidrige Verfügung im S. des § 9 Abs. 1 qualifiziert wissen wollte.

5. Kann die Verfügung i. S. des § 9 Abs. 1 auch durch Unterlassung begangen werden? Für die Verfügung des § 266 Ziff. 2 wird es von vielen Autoren geleugnet, allerdings nur mit der Begründung, dass „verfügen" ein positives Handeln voraussetze. Engelhardt[1]) hat mit Recht diese Ansicht bestritten und darauf hingewiesen, dass, wenn man „verfügen nur als positives Handeln auffassen wollte, eine bedeutende Gesetzeslücke anzunehmen sei". Wenn auch die Verneinung der Frage keine so weittragende Bedeutung für § 9 Abs. 1 hätte, wie für § 266 Z. 2, so ist trotzdem auch hier die Möglichkeit zuzugeben, dass der Tatbestand des § 9 Abs. 1 auch durch eine Unterlassung erfüllt werden kann, allerdings nicht aus dem Grunde, weil der gemeine „Sprachgebrauch"[2]) unter Verfügung auch eine Unterlassung versteht, sondern deshalb, weil auch durch eine Unterlassung „eine Aenderung im Verhältnis des Eigentümers zu seinen Wertpapieren[3])" herbeigeführt werden kann[4]).

Wenn bisher von strafbaren Verfügungen die Rede war, so war selbstverständlich ihre Rechtswidrigkeit unterstellt. Denn § 9 Abs. 1 setzt für die Strafbarkeit einer Verfügung über fremde Wertpapiere voraus, dass sie rechtswidrig ist, ebenso wie § 246 St.G.B. eine „rechtswidrige" Zueignung verlangt. Rechtswidrig ist eine Verfügung aber, wenn dem Täter ein Recht, dieselbe vorzunehmen, nicht zusteht, also auch dann, wenn ihm in bestimmter Richtung zu verfügen erlaubt ist, er aber in anderer Weise verfügt und dadurch über die Grenzen seiner Berechtigung hinausgeht. Demnach ist nicht rechtswidrig eine Verfügung, die im Zwangsverkauf verpfändeter Wertpapiere besteht, ferner diejenige, die im Interesse des Hinterlegers oder Verpfänders geboten sind. Dies kommt häufig dann vor, wenn mit dem Verwahrungsvertrag ein Verwaltungsvertrag verbunden ist, wo es oft nötig wird, die Papiere behufs Abstempelung oder Erhebung neuer Kouponsbogen oder des Bezugs neuer Stücke zu versenden, oder zum Schutze vor

---

[1]) Engelhardt S. 42; siehe dort die angeführte Litteratur.
[2]) So Engelhardt a. a. O.
[3]) Im Sinne der Definition.
[4]) Z. B.: Wenn der Kaufmann, bei dem der Gerichtsvollzieher fremde Papiere pfändet, es unterlässt, ihm mitzuteilen, dass es fremde seien, in der Absicht, dieselben wieder einzulösen. Vgl. auch B.G.B. § 135, Abs. 1 S. 2.

Feuers- und Diebesgefahr bei einem Dritten zu hinterlegen. Ebenso schliesst auch eine Ermächtigung in der Form des § 2 des Dep.-Ges. die Rechtswidrigkeit der Verfügung aus. Allein nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv rechtswidrig muss der Täter verfügen d. h. er muss den Vorsatz haben, die rechtswidrige Verfügung vorzunehmen und dieser Vorsatz muss das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit umfassen. Auch in diesem Punkte decken sich die Bestimmungen des § 9 Abs. 1 und des § 246, indem der Vorsatz auch bei der Unterschlagung Tatbestandsmerkmal ist. Wenn dies auch in beiden Vorschriften nicht zum Ausdruck kommt, so ist dies dennoch daraus zu schliessen, dass da, wo der Gesetzgeber auch die fahrlässige Begehung eines Deliktes bestraft wissen will, er dies ausdrücklich kund gibt, wie auch daraus, dass sowohl der Begriff der Verfügung als auch der Begriff der Aneignung den Vorsatz logisch in sich schliesst[1]). Daher ist eine nur objektiv-rechtswidrige Verfügung straflos, ein Irrtum des Verfügenden über seine Berechtigung nach § 59 St.G.B. zu beurteilen. Deshalb ist ein Täter nicht strafbar, wenn er irrtümlicherweise annahm, er dürfe sich wenigstens des Einverständnisses des Berechtigten, wenn dieser darum wüsste, versichert halten[2]). Straflos wäre demnach auch ein Kaufmann zu lassen, der über fremde in seinem Besitze befindliche Wertpapiere mit der Absicht verfügt, dieselben durch gleichartige Papiere zu ersetzen. Denn das Reichsgericht nimmt immer an, dass bei Veruntreuung vertretbarer Sachen, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nicht vorliege, wenn der Täter bei der Verübung die Absicht hatte, Ersatz zu leisten und die Ausführbarkeit dieser Absicht durch bereite Mittel gewährleistet weiss, weil unter solchen Umständen der Täter das Einverständnis des Eigentümers annehmen dürfe. Auf grund einer derartigen Judikatur ist die Verfolgung des Täters wegen Unterschlagung auch dann ausgeschlossen, wenn er späterhin ausser stande ist, Ersatz zu leisten, weil es eben nur darauf ankommt, dass er im Moment der Zueignung frei von dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit war und später eingetretene Umstände, wie die Verschlechterung seiner Vermögenslage, dieses Bewusstsein nicht nachträglich zu begründen vermögen[3]). Auch nach § 9 Abs. 1 des Dep.-Ges. wäre ein solches Gebahren nicht zu beurteilen; denn aus denselben Gründen wäre auch hier das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zu leugnen, wenn nicht § 2 des Dep.-Ges. hier eingreifen würde, wonach dem

---

[1]) Lusensky S. 82. — Kapf S. 100. — Hering S. 26.
[2]) Pechmann S. 278.
[3]) E. 5, 53.

Kaufmann nur dann gestattet ist, an Stelle hinterlegter oder verpfändeter Wertpapiere eines Fremden gleichartige zurückzugewähren oder über die Wertpapiere zu seinem Nutzen zu verfügen, wenn er von dem Berechtigten eine schriftliche und ausdrückliche Ermächtigungserklärung erhalten hat. Gemäss § 7 Abs. 1 des Dep.-G. findet dies auch Anwendung auf Wertpapiere, die ein Kommissionär auf grund einer Kommission nach § 3 und § 5 des Dep.-Ges. in seinem Besitze hat, die er aber bereits auf irgend eine Art ins Eigentum des Kommittenten hat übergehen lassen. Nun wird vielfach [1]) behauptet, dass trotz dieser Vorschrift das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit auf seiten des Täters fehlen könne, wenn nämlich der Berechtigte dem Kaufmann die Erlaubnis zu der Verfügung gegeben habe, jedoch in formloser Erklärung, auch wenn der Täter gewusst habe, dass die Erklärung nicht in rechtsgiltiger Form erfolgt sei. Dieser Ansicht ist m. E. nur insoweit beizuflichten, als das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit für den Fall geleugnet wird, wenn dem Täter die Vorschriften des § 2 nicht bekannt sind. Weiss er aber, dass die Erklärung in der gebrauchten Form ungiltig ist, so ist er sich auch bewusst, dass ihm durch die formlose Erklärung das Verfügungsrecht nicht eingeräumt wird. Wenn er also dennoch verfügt, so weiss er auch, dass er ohne Recht, also widerrechtlich handelt. Es wäre die Aufstellung der Bestimmung des § 2 von seiten des Gesetzgebers geradezu ein Schlag ins Wasser gewesen, wenn diese Vorschrift so leicht umgangen werden könnte, zumal die Umgehung einem Bankier umso leichter fallen würde, als er sich oft einem nicht sachkundigen Publikum gegenüber befindet. Wo dies nicht der Fall ist — wenn der Kunde selbst Bankier ist — besteht das Gesetz auch nicht auf der starren Form. Hering sieht die Bedeutungslosigkeit ein, zu der § 2 durch eine solche Ansicht herabgemindert wird und gesteht wenigstens eine praesumptio juris dahingehend zu, dass der Eigentümer ohne die formelle Erklärung mit der Verfügung über die Wertpapiere nicht einverstanden sei, d. h. es ist dem Angeklagten der Beweis offen gelassen, dass er aus den Umständen des Falles ein Einverständnis des Berechtigten annehmen konnte. Das ist aber nicht im Sinne des Gesetzes, welches eben ein Einverständnis nur in der ausdrücklichen und schriftlichen Erklärung erblickt.

Mit der rechtswidrigen Aneignung einer fremden Sache, die dem Täter anvertraut ist, ist der Tatbestand der Unter-

---

[1]) Pechmann S. 279, Hering S. 28; ebenso Dürr für § 11 des Dep.-Ges. S. 69. A. A. Honig S. 23/24.

schlagung erschöpft. Dagegen gehört zum Tatbestand des Vergehens des § 9 Abs. 1 ausser der rechtswidrigen Verfügung eines Kaufmannes über fremde, in seinem Besitze befindliche Wertpapiere noch ein weiteres Tatbestandsmerkmal: Die Verfügung muss zum Nutzen des Täters oder eines Dritten geschehen; der Täter muss also eine über den Vorsatz der rechtswidrigen Verfügung hinausgehende Absicht haben, durch diese sich oder einem Dritten zu nützen. Worin kann nun dieser Nutzen bestehen? Es wird die Ansicht vertreten[1]), dass dieser nur ein Vermögensvorteil sein könne. Der von Hering angeführte Grund, es entspreche dies dem Charakter der rechtswidrigen Verfügung als einer gegen das Vermögen gerichteten strafbaren Handlung ist nicht stichhaltig; daraus, dass durch die Tat das Vermögen affiziert wird, ergibt sich noch nicht, dass der Zweck der mit der Tat verfolgt wird, unbedingt und ausschliesslich die Erreichung eines Vermögensvorteiles ist. Der Gesetzgeber scheint im Gegenteil gerade deshalb einen so allgemeinen Ausdruck gewählt zu haben, um damit jede rechtswidrige Verfügung zu treffen, von der der Täter irgend einen Vorteil haben will und haben kann, und wenn man noch in Betracht zieht, dass der Zweck des Gesetzes ist, jede Eigentumsgefährdung hintanzuhalten, so ist nicht abzusehen, warum der Gesetzgeber rechtswidrige Verfügungen, die einen Vermögensvorteil bezwecken, allein verpönen wollte. § 9 Abs. 1 ist daher anwendbar, sowohl, wenn der Kaufmann durch Verpfändung der fremden Wertpapiere ein Darlehen oder dessen Stundung, als auch durch Hingabe zur Kaution einen geschäftlichen Auftrag oder die Befreiung aus der Untersuchungshaft erlangen wollte[2]).

Zur Vollendung des Vergehens des § 9 Abs. 1 ist der Eintritt des Nutzens nicht notwendig; es genügt, dass ein Nutzen beabsichtigt ist. Es heisst im Gesetze „zum Nutzen", nicht aber „wenn sich der Kaufmann dadurch, dass er rechtswidrig verfügt, einen Nutzen verschafft". Hering[3]) ist gegenteiliger Ansicht[4]): es ergebe sich aus dem Zeitwort „verfügen", dass der Nutzen eingetreten sein muss. M. E. ergibt sich daraus weder das eine noch das andere. Auch der Vergleich mit der Untreue, wo zur Vollendung des Deliktes der Eintritt des Nachteiles gegeben sein müsse, ist m. E. hinkend; denn § 9 Abs. 1 will das fremde Vermögen vor Gefährdung schützen und eine gefährdende Handlung bestrafen, wenn sie in eigennütziger

[1]) Pechmann S. 269, Hering S. 29, Liszt S. 449.
[2]) Binding S. 284.
[3]) Hering S. 30.
[4]) Ebenso Liszt S. 449.

Absicht geschieht; § 266 St.G.B. will das Vermögen vor Benachteiligung schützen, eine solche liegt aber bereits in der Gefährdung des Vermögens [1]), sodass mit der rechtswidrigen Verfügung bereits ein Nachteil eingetreten ist [2]). Eine Benachteiligungsabsicht hingegen erfordert nur § 266 St.G.B. nicht § 9 Abs. 1 Dep.-Ges. Die Verfügung des § 9 Abs. 1 ist daher nur ein leichterer Fall der Untreue; infolgedessen sind die Ausdrücke „zum Nutzen" und „zum Nachteil" in diesem Zusammenhange keine korrespondierenden Begriffe und können daher nicht vergleichsweise gegenübergestellt werden. Das Reichsgericht [3]) hat die hier vertretene Ansicht, dass zur Vollendung der Nutzen nicht eingetreten zu sein braucht, für Abs. 2 des § 9, wo es auch heisst: „zum Nutzen" folgendermassen ausgesprochen: „der Tatbestand der Zuwiderhandlung ist gegeben und vollendet mit der Weitergabe des erteilten Auftrages zur Anschaffung von Wertpapieren der in § 1 bezeichneten Art, wenn mit dieser Weitergabe nicht zugleich die Mitteilung erfolgt, dass die Anschaffung der Papiere für fremde Rechnung geschehe". Dass der Eintritt des Nutzens zur Vollendung nötig sei, ist hier nicht gesagt. Was aber für § 9 Abs. 2 gilt, gilt auch für Abs. 1 [4]); denn hier wie dort ist ein Handeln „zum Nutzen" verlangt [5]). Aber noch aus einem anderen Grunde ist die gegenseitige Ansicht kaum haltbar. Das Delikt des § 9 Abs. 1 qualifiziert sich als ein Vergehen i. S. des R.St.G.B's. (§ 1 Abs. 2). Der Versuch eines Vergehens wird jedoch nur in den Fällen gestraft, in welchen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt (§ 43 Abs. 2). Da dies im § 9 nicht geschehen ist, ist also ein Versuch des Vergehens des § 9 straflos. Wollte man nun die Ansicht gelten lassen, dass nur mit Eintritt des Nutzens das Delikt vollendet sei, so müsste man in gar manchen Fällen straflosen Versuch annehmen.

Ebensowenig wie bei der Unterschlagung bedarf es, wie bereits erwähnt, zur Vollendung der rechtswidrigen Verfügung einer Benachteiligung des Deponenten der Wertpapiere; nicht einmal eine Benachteiligungsabsicht muss der Täter haben, um den Tatbestand des Vergehens zu erfüllen.

---

[1]) E. 16, 80.

[2]) Binding S. 284: Die Verfügung schliesst notwendig eine Benachteiligung des Deponenten in sich; sie darf nur nicht absichtlich zum Nachteil des Auftraggebers vorgenommen sein.

[3]) E. 37, 226/227.

[4]) Hering erkennt dies an, da er sich bei seinen Ausführungen auf Pechmann beruft, der seine Ansicht auch nur für Abs. 2 des § 9 des Dep.-Ges. ausgesprochen hat. A. a. O. S. 269.

[5]) Stenglein Anm. 7 zu § 9.

Zwischen dem Vergehen des § 246 St.G.B. und § 9 Abs. 1 besteht ferner noch eine Differenz darin, dass bei der Unterschlagung der Täter die Sache nur sich zueignen will, nicht aber auch zu gunsten eines anderen handeln kann; die rechtswidrige Verfügung kann vom Täter sowohl zu seinem eigenen als zum Nutzen eines Dritten begangen werden. Dieser Dritte braucht im Gegensatz zum Täter kein Kaufmann zu sein.

Ein Versuch der rechtswidrigen Verfügung ist denkbar, aber wie oben bereits gesagt, straflos: der Unterschlagungsversuch dagegen ist ausdrücklich unter Strafe gestellt.

Es erübrigt noch die Frage, ob die beiden Vergehen in Konkurrenz treten können, namentlich ob Idealkonkurrenz zwischen beiden möglich ist. Letzteres wird von der herrschenden Meinung[1]) verneint. Dieser ist entschieden beizutreten. Hering ist — soweit ich sehen kann — der einzige[2]) der für die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz eintritt, zu Unrecht. Gemäss § 73 R.St.G.B. liegt Idealkonkurrenz vor, wenn durch eine Handlung mehrere Strafgesetze verletzt werden. Ein Strafgesetz ist aber erst durch die Verwirklichung seiner sämtlichen Tatbestandsmerkmale verletzt, bei Idealkonkurrenz müssen also durch eine Handlung die Tatbestandsmerkmale aller konkurrierender Vergehen verwirklicht sein und, da bei einem vorsätzlich begangenen Delikt der Vorsatz sämtliche Tatbestandsmerkmale umfassen muss, so ist Idealkonkurrenz nichts anderes, als die Verwirklichung mehrerer Vorsätze durch eine Handlung. Bei dem in Frage stehenden Fall ist infolgedessen eine Idealkonkurrenz ausgeschlossen. Denn bei der Unterschlagung geht der Vorsatz auf Zueignung der fremden Sache, bei dem Vergehen des § 9 Abs. 1 darf er nicht auf Zueignung gerichtet sein. Es können also durch eine Handlung nicht beide Vorsätze verwirklicht werden, ebensowenig, wie Mord und Totschlag miteinander ideal konkurrieren können.

Wie mit der Unterschlagung hat das Vergehen des § 9 Abs. 1 auch mit der Untreue grosse Aehnlichkeit und, wie

---

[1]) Pechmann S. 278, Kunreuther S. 131, Lusensky S. 82, Binding S. 284, E. 34, 241.

[2]) Denn wenn man die Worte Lusenskys im Zusammenhange betrachtet: „Die Anwendbarkeit des § 9 ist ausgeschlossen, wenn die zur Verfolgung gezogene Handlung den Tatbestand der Unterschlagung bildet (§ 246)", so ist es direkt gekünstelt, wenn Hering sagt, man könne in dieser Erklärung ebensogut die Annahme der Möglichkeit einer Idealkonkurrenz als das Gegenteil finden. Zweifelhaft ist dagegen Apt S. 40: „Fällt der Tatbestand unter § 246 St.G.B. so ist nur diese Strafbestimmung anwendbar (§ 73 St.G.B.)".

bereits angedeutet, ist es nur ein leichterer Fall der Untreue. Auch zum Tatbestande der Untreue gehört ein Verfügen über fremdes Gut, nämlich über Forderungen und Vermögensstücke, also gegenüber § 9 Abs. 1 ein viel weiterer Kreis der möglichen Objekte. Dagegen verlangt § 266 für das mögliche Subjekt teils weniger, teils mehr; weniger, weil jeder, nicht nur ein Kaufmann sich der Untreue schuldig machen kann, mehr, weil zwischen dem Subjekt und dem Eigentümer ein Vollmachtsverhältnis bestehen muss. Deshalb entgingen vor dem Inkrafttreten des Depotgesetzes viele strafwürdige Fälle der Bestrafung. Während aber in § 9 Abs. 1 nur verlangt wird, dass der Täter zum eigenen oder zum Nutzen eines Dritten verfügt, ohne dass er dabei den Schaden des Deponenten im Auge haben darf, ist im § 266, Ziff. 2 gerade die Absicht, zum Nachteile des Eigentümers zu verfügen, zum Tatbestandsmerkmal erhoben. Dagegen ist das Moment der Rechtswidrigkeit nur im § 9 Abs. 1 gefordert. § 266 Abs. 2 verlangt dies nicht und es wird der Ansicht[1]) zuzustimmen sein, die annimmt, dass die Rechtswidrigkeit auch wirklich nicht Tatbestandsmerkmal der Untreue ist.

II. Abschnitt.

Der Absatz 2 des § 9.

§ 6.

Die Handlung des § 9 Abs. 2.

Die Bestimmungen des § 9 Abs. 1 und Abs. 2 stehen dadurch miteinander im Zusammenhange, dass Subjekt und Objekt der in Frage stehenden Strafbestimmungen dieselben sind und dass für beide Vergehen dieselbe Strafe angedroht ist.

§ 9 Abs. 2 bestimmt: der gleichen Strafe (wie im Abs. 1) unterliegt, wer der Vorschrift des § 8 zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten vorsätzlich zuwiderhandelt.

§ 8 bestimmt: Ein Kaufmann, welcher im Betriebe seines Handelsgewerbes fremde Wertpapiere der im § 1 bezeichneten Art einem Dritten zum Zweck der Aufbewahrung, der Ver-

[1]) Hälschner S. 394, Engelhardt S. 50.

äusserung, des Umtausches oder des Bezuges von anderen Wertpapieren, Zins- oder Gewinnanteilscheinen ausantwortet, hat hierbei dem Dritten mitzuteilen, dass die Papiere fremde seien. Ebenso hat er in dem Falle, dass er einen ihm erteilten Auftrag zur Anschaffung solcher Wertpapiere an einen Dritten weitergibt, diesem hierbei mitzuteilen, dass die Anschaffung für fremde Rechnung geschehe. Der Dritte, welche eine solche Mitteilung empfangen hat, kann an den übergebenen oder an den neubeschafften Papieren ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht nur wegen solcher Forderungen an seinen Auftraggeber geltend machen, welche mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind.

Die Vorschriften des § 8 sollen für den Fall der sehr häufig notwendig werdenden Mitwirkung mehrerer Bankiers bei der Ausführung eines Auftrages, also insbesondere bei der Mitwirkung eines Lokal- und eines Centralbankiers, den Kunden des Lokalbankiers vor der Gefahr schützen, dass nicht das Pfandrecht des Centralbankiers, das häufig in den Geschäftsbedingungen über den gesetzlichen Umfang erweitert ist[1]), auch seine in den Gewahrsam des Centralbankiers gelangten Papiere wegen Forderungen und zwar auch wegen nicht konnexer Forderungen ergreife, die dem Centralbankier gegen den Lokalbankier zustehen. Deshalb setzt § 8 für den beauftragten Bankier eine Mitteilungspflicht dahin fest, dass er je nach Art der Kommission, den Centralbankier darauf aufmerksam zu machen hat, dass die weitergegebenen Papiere „fremde" seien, bezw. dass die Anschaffung „auf fremde Rechnung geschehe" und knüpft an diese Mitteilung die Rechtsfolge, dass diese Papiere nicht Objekt des Pfand- oder Zurückbehaltungsrechtes werden können, das dem Centralbankier wegen Forderungen, die sich nicht auf die Papiere selbst beziehen, gegen den Lokalbankier zustehen. Dadurch ist die ganz unerträgliche Rechtsfolge beseitigt, dass beim Fallieren eines Lokalbankiers infolge der Geltendmachung des Pfandrechtes an den Wertpapieren durch den Centralbankier der Kunde für Schulden seines Lokalbankiers mit seinen Wertpapieren herangezogen wurde, sogar oft da, wo er letzterem gar nichts schuldig war.

Die Mitteilungspflicht besteht im ersten Fall nur bei den dort angeführten Rechtsgeschäften, ohne dass deren Kreis erweitert werden durfte. Sie besteht da nicht, wo ein formeller Verzicht auf Uebersendung des Stückeverzeichnisses abgegeben ist, obgleich, wie schon erwähnt, darin eine Eigentumsüber-

---

[1]) Riesser S. 42.

tragungserklärung nicht zu erblicken ist [1]). Sie besteht auch da nicht, wo sich der Kommissionär seines Selbsteintrittsrechtes bedient; denn in diesem Falle fehlt es an der notwendigen Voraussetzung, dass der Auftrag weitergegeben ist. Die Verpflichtung kann dem beauftragten Bankier durch den Kunden nicht erlassen werden, da sie als eine Vorschrift gewerbepolizeilicher Natur auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes liegt [2]).

Strafbar aber ist die Verletzung der Mitteilungspflicht nicht in jedem Falle, so nicht wenn die Mitteilung vergessen wurde, selbst wenn dabei grobe Fahrlässigkeit auf seiten des Kaufmannes obwaltete, strafbar ist nur die vorsätzliche, mit dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit [3]) ausgeführte Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift des § 8 und auch diese nur, wenn der Zuwiderhandelnde dabei seinen eigenen oder den Nutzen eines Dritten verfolgt.

Die rechtliche Natur dieses Deliktes hat das Reichsgericht folgendermassen charakterisiert [4]): „Das Gesetz erblickt in der vorgeschriebenen Mitteilung mit Rücksicht auf die daran geknüpften civilrechtlichen Wirkungen bereits eine Verfügung über die angeschafften Papiere i. S. Abs. 1 des § 9, stellt deshalb strafrechtlich letztere Verfügung den sonstigen Verfügungen gleich, von welchen in Abs. 1 die Rede ist, und bedroht die unterlassene Mitteilung, weil sie sich, sofern nur bei der Einkaufskommission, die Anschaffung der Wertpapiere tatsächlich erfolgt, in ihrem Resultate und in ihren Wirkungen gleichfalls als eine Verfügung darstellt, mit derselben Strafe".

Dieselbe Ansicht hat das Reichsgericht auch bezüglich der Verkaufskommission [5]).

Nach der dargelegten Ansicht hätte also der Gesetzgeber im zweiten Absatz des § 9 ein spezielles Beispiel für § 9 Abs. 1 angeführt, das aber auch ebensogut hätte weggelassen werden können; denn wenn das Delikt in Abs. 2 wirklich nichts anderes wäre, als eine Verfügung i. S. des Abs. 1, so hätte die Rechtsprechung in der Praxis von selbst dazu kommen müssen, die Zuwiderhandlung gegen § 8 zum Nutzen des Täters oder eines Dritten unter § 9 Abs. 1 zu subsumieren und bei der Gepflogenheit der derzeitigen Gesetzestechnik wäre es geradezu ver-

[1]) Vgl. Lusensky S. 71, Riesser S. 48, Kunreuther S. 130. Vgl. oben S. 22 Anm. 1.
[2]) Lusensky S. 73.
[3]) Hering S. 61, Apt S. 42.
[4]) E. 37, 225.
[5]) E. 34, 241.

wunderlich, dass der Abs. 2 bei der Beratung des Gesetzes nicht „als selbstverständlich“ gestrichen wurde.

M. E. ist jedoch die Ansicht des Reichsgerichts, das sich zu ihrer Begründung lediglich den Motiven anschliesst, nicht richtig[1]). Weder bei der Einkaufs- noch bei der Verkaufs- und Bezugskommission stellt die Verletzung der in § 8 aufgestellten Verpflichtungen eine Verfügung i. S. des § 9 Abs. 1 dar.

Gibt der mit der Einkaufskommission beauftragte Kaufmann den erteilten Auftrag an einen Dritten weiter, ohne anzugeben, dass der Einkauf für fremde Rechnung geschehe, so kann darin doch nicht ein Verfügen über fremde Wertpapiere liegen. Die Papiere sollen ja erst angeschafft werden; infolgedessen fehlt es an dem Requisit des Besitzes des § 9, wo es heisst, dass der Kaufmann über Wertpapiere rechtswidrig verfüge, die er als Kommissionär für den Kommittenten in Besitz genommen habe. Es fehlt aber auch an der Voraussetzung, dass die Papiere fremde seien, d. h. dass sie im Momente der Verfügung einem Dritten zu eigen sind. Denn die Wertpapiere gehören, „sofern die Anschaffung tatsächlich erfolgt“, dem Kommissionär, bis er sie dem Kommitenten zu Eigentum überträgt.

Auch bei der Verkaufskommission kann die Unterlassung der Mitteilung nicht den Tatbestand des § 9 Abs. 1 erfüllen. Angenommen durch die vorsätzliche Unterlassung würde die Verfügung rechtswidrig, so käme man zu dem Resultate, dass nicht § 9 Abs. 1 des Dep.-Ges., sondern § 246 St.G.B. Anwendung zu finden hätte. Denn wenn jemand eine fremde Sache veräussert, ohne dazu berechtigt zu sein, so begeht er eben eine Unterschlagung, selbst wenn er den Wert der Sache hinterher ersetzt. Die Verfügung aber, die über die Wertpapiere vorgenommen wird ohne Einhaltung der Vorschrift des § 8, ist m. E. an sich gar nicht rechtswidrig, da ja der Kommissionär den Auftrag und daher die Berechtigung hat zu verfügen und zumal es — im Gegensatz zu § 2 — gar nicht vom Willen des Auftraggebers abhängig ist, ob er den Kommissionär von der Mitteilungspflicht entbinden will. Die Unterlassung der vorgeschriebenen Mitteilung ist vielmehr lediglich eine Verletzung einer gewerbepolizeilichen Ordnungsvorschrift, die deshalb unter dieselbe strenge Strafe wie die rechtswidrige Verfügung des Abs. 1 des § 9 genommen wird, weil sie zum Nutzen des Täters oder eines Dritten begangen wird.

Die Unhaltbarkeit der reichsgerichtlichen Ansicht zeigt sich auch in dem Falle, wo der Bankier zuerst seiner Mitteilungspflicht genügt hat, hinterher aber die Papiere als seine eigenen

[1]) Vgl. gegen das Reichsgericht auch Hering S. 62 ff.

bezeichnet[1]). Auch hier kann von einem rechtswidrigen Verfügen nicht die Rede sein, weil der Täter die Papiere nicht mehr in Besitz hat; trotzdem wird er nach § 9 Abs. 2 strafbar sein. Um diese Strafbarkeit zu erreichen, war es unbedingt nötig, im Gesetze besonders zum Ausdrucke zu bringen, dass eine Verletzung der Vorschrift des § 8 zum Nutzen des Täters oder eines Dritten geahndet werden solle.

III. Abschnitt.

§ 7.

Die Strafe der Vergehen des Absatzes 1 u. des Absatzes 2 des § 9.

Die Strafe, die für beide Delikte des § 9 angedroht ist, ist Gefängnis von einem Tag[2]) bis zu einem Jahre und Geldstrafe von drei Mark[3]) bis dreitausend Mark oder eine der beiden Strafen und qualifiziert sich demnach die Handlung als Vergehen i. S. des R.St.G.B. Kunreuther[4]) meint, die kumulative Verhängung von Gefängnis- und Geldstrafe sei die Regel. Das wird man nicht behaupten können. Nach dem Wortlaut des Gesetzes steht es im konkreten Fall dem Richter vollständig frei, die eine oder die andere Strafe zu wählen oder auch beide kumulativ zu verhängen. Das Gesetz hat besonders für leichtere Fälle Vorsorge getroffen, dadurch dass eine Geldstrafe allein ausgesprochen werden kann, ohne dass jedoch die Zulässigkeit mildernder Umstände als solcher erwähnt wäre. Deshalb ist auch im schwurgerichtlichen Verfahren eine „Frage auf mildernde Umstände" nicht an die Geschworenen zu richten, die Strafbemessung vielmehr hier ganz dem Richterkolleg vorbehalten.

Von der Strafe, die auf die Unterschlagung gesetzt ist, unterscheidet sich die Strafe für die Vergehen des § 9 dadurch, dass sie entsprechend der minder schweren Natur der hier bedrohten Vergehen, bedeutend milder ist, dass jedoch bei der Unterschlagung eine kumulative Verhängung von Geld und Freiheitsstrafe ausgeschlossen und nur beim Vorliegen „mildernder Umstände" blosse Geldstrafe ausgesprochen werden kann.

---

[1]) Vgl. Hering S. 64.
[2]) § 16 R.St.G.B.
[3]) § 27 R.St.G.B.
[4]) A. a. O. § 9 Anm. 3.

Die beiden Vergehen des § 9 verjähren, wie die Unterschlagung, in fünf Jahren (§ 67, 2 St.G.B.).

In Abs. 3 des § 9 sind ähnliche Spezialvorschriften, wie für die Unterschlagung, vorgesehen. Während nämlich die Verfolgung wegen Unterschlagung oder wegen eines Vergehens gemäss § 9 in der Regel ohne Antrag aufgenommen wird, tritt dieselbe, wenn der Täter ein Angehöriger [1]) des Verletzten ist in beiden Fällen nur auf Antrag ein, dessen Zurücknahme bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils zulässig ist.

Wie bei der Unterschlagung bleibt auch hier das Vergehen, wenn es von einem Verwandten aufsteigender gegen einen Verwandten absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den anderen begangen wird, straflos, wobei Teilnehmer und Begünstiger, die nicht in einem solchen Verhältnisse zum Verletzten stehen, den persönlichen Strafausschliessungsgrund nicht geniessen.

Zuständig für die Aburteilung der Vergehen des § 9 ist die Strafkammer des Landgerichts. Daran ist auch durch die Novelle zum G.V.G. [2]) nichts geändert worden.

---

[1]) Das sind Verwandte und Verschwägerte auf- und absteigender Linie, Adoptiv- und Pflegeeltern und -kinder, Ehegatten, Geschwister und deren Ehegatten und Verlobte. Es gehören also nicht dazu die Ehegatten von Geschwistern untereinander.

[2]) Vom 5. Juni 1905.